

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/302920506>

LEGALIDADE DA PROVA E PROVAS PROIBIDAS * * * *

Article · January 2011

CITATIONS
0

READS
625

2 authors, including:



[Sandra Oliveira e Silva](#)
University of Porto

12 PUBLICATIONS 2 CITATIONS

[SEE PROFILE](#)

LEGALIDADE DA PROVA E PROVAS PROIBIDAS *

SANDRA OLIVEIRA E SILVA

Assistente da Faculdade de Direito
da Universidade do Porto

Le silence est l'etui de la verité

René Char

É insuprível a bipolaridade dos sistemas probatórios em matéria penal, oscilantes entre a aspiração à *verdade* e o respeito pela *legalidade*. Fundada sobre a dúvida que sustenta a descoberta da verdade, a prova criminal confronta-se a cada momento com a filigrana de regras legais que, dispondo sobre a competência para a aquisição da prova, sobre os meios legítimos e os caminhos excluídos, etc., limitam e orientam essa descoberta.

Neste entrecruzar de aspirações conflitantes, «a *legalidade* dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção de prova e as chamadas “proibições de prova” são condições de validade processual da prova e, por isso, critérios da própria *verdade* material»⁽¹⁾. E se a *verdade* é qualquer coisa em que reentra em boa parte o silêncio, já a *legalidade* se apresenta aos olhos do observador como uma realidade mais explícita, feita de concretas prescrições ou proibições, inspirada por princípios orientadores, estruturada em conceitos e sistemas. O que a torna em objecto de estudo mais apetecível — *diríamos* —, pela sua menor resistência à intuição desarmada, à análise crítica e à decomposição didáctica.

* O estudo que agora se publica corresponde, com alterações, à comunicação apresentada no Curso de Especialização em Temas de Direito Penal e Processual Penal, da iniciativa do Centro de Estudos Judiciários, realizado em 25-02-2011, na Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Agradecemos ao Sr. Dr. Rui do Carmo, Director Adjunto do CEJ a honra do convite formulado.

¹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal* (lições coligidas por Maria João Antunes), Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9, 133 (itálico nosso).

Num estudo sobre a prova é, aliás, inevitável que se considere a intervenção do legislador na disciplina do *modus procedendi* relativo à actividade cognoscitiva. Também por essa razão, o princípio da legalidade e as proibições de prova constituem o cerne desta nossa reflexão. Uma reflexão que, tendo como centro de referência a fórmula (aparentemente) simples «*são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei*», encontra e enfrenta no seu itinerário tópicos problemáticos como os da liberdade de aquisição probatória, da admissibilidade de provas atípicas, da fungibilidade das formas probatórias e da (não) taxatividade dos métodos proibidos.

Enquanto prelúdio dessa análise, dedicamos algumas das primeiras palavras deste trabalho ao *léxico* e *estrutura* do procedimento probatório. Não é por dogmatismo ou vocação catalogadora que o fazemos, mas apenas para dotar o leitor da grelha conceptual e metodológica necessária à compreensão do sentido e alcance do princípio da legalidade da prova.

I. A disciplina legal do procedimento probatório

Diferentemente do que sucedia no Código de 1929, em que a regulamentação da prova constava de normas dispersas no título dedicado à “instrução do processo” (arts. 170.º e ss.), o actual Código de Processo Penal consagrou inteiramente todo um *Livro* à matéria da prova, dedicando-lhe ainda um acervo importante de preceitos na disciplina da audiência (art. 327.º, 340.º, 343.º a 345.º, 348.º, 355.º a 357.º e 374.º, n.º 2) ⁽²⁾.

A circunstância de o legislador de 1987 haver optado por criar um corpo normativo tendencialmente unitário onde se congregam as disposições fundamentais em matéria probatória não traz co-envolvida uma simples questão de arrumo sistemático, antes «expressa com manifesta clareza a centralidade do direito probatório na dinâmica do

² Para além das normas codificadas, a matéria probatória tem ainda muitos outros referentes normativos constantes de legislação avulsa, entre os quais se destacam a Lei n.º 93/99, de 14 de Julho (sobre a protecção de testemunhas), a Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto (que regula as acções encobertas para fins de prevenção e investigação criminal), a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro (que estabelece medidas excepcionais de investigação da criminalidade organizada e económico-financeira, admitindo *inter alia* a derrogação do segredo bancário e o registo de voz e imagem), a Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto (relativa às perícias médico-legais e forenses), a Lei n.º 5/2008, de 22 de Fevereiro (que cria a base de dados de perfis de ADN). Embora cientes das dificuldades práticas da tarefa, secundamos a opinião de Costa Andrade sobre a urgência segura e inadiável de arrumação sistemática de todo este acervo de leis extravagantes sobre a investigação, não só assegurando-lhes guarida formal no corpo do Código, como enquadrando todos os meios e métodos probatórios num *sistema* equilibrado e simétrico do ponto de vista normativo, axiológico e político-criminal (cf. COSTA ANDRADE, «“Bruscamente no verão passado”, a reforma do Código de Processo Penal», *Revista de Legislação e Jurisprudência* [=RLJ], Ano n.º 137 (2008), 279).

processo». Entre nós o tecido normativo acaba por atingir, com efeito, todos «os diversos momentos em que o procedimento probatório se decompõe, desde a *vinculação temática* da prova a um objecto, passando pelas condições de *admissibilidade* da actividade probatória e do *método* processualmente válido para a sua realização, até ao patamar da *avaliação*, no seu critério e nos seus limites» (3).

Não obstante persistir nesta matéria uma certa incoincidência terminológica e conceptual, é usual noutros quadrantes jurídicos subdividir o *iter probatorium* em três momentos essenciais, a saber: a admissibilidade da actividade probatória, a produção ou realização da prova e a avaliação dos resultados obtidos (4). Trata-se, como se percebe, de uma decomposição lógica, à qual se associam objectivos explicativos e didácticos, mais do que uma categorização com virtualidades dogmáticas e normativas.

É importante ter presente, ainda assim, que não deverá existir sobreposição entre o plano *aquisitivo*, ao qual se reporta a definição do objecto e dos meios de prova admissíveis e a estruturação do método válido da sua realização, e o momento estritamente *valorativo* — estes distintos patamares do método probatório judiciário devem manter-se separados (5). Não é, por isso, legítima a extensão do âmbito normativo do princípio da livre apreciação da prova (que intervém no momento da avaliação) a estádios anteriores do procedimento probatório (atinentes à admissibilidade e à produção da prova), designadamente para, em nome de uma ideia de máximo aproveitamento da informação obtida, superar os eventuais vícios ou irregularidades aí ocorridos — deixando, pois, sem conteúdo útil as prescrições normativas que o legislador quis estabelecer, por razões de tutela de direitos individuais ou garantia da racionalidade da prova (6).

³ MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da prova e reconhecimentos “atípicos” em processo penal: notas à margem de jurisprudência (quase) constante», in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, 1394 ss. (as frases entre comas encontram-se nas páginas 1396 e 1404-5).

⁴ No direito italiano, tornou-se comum a afirmação de que o método probatório judiciário se desenvolve ao longo de três directrizes, finalizadas ao objectivo de «limitar o objecto de prova ou os meios com os quais se realiza a prova; de definir o correspondente procedimento; de pré-estabelecer o valor probatório» (E. FLORIAN, *Delle prove penali* I, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1924, 7-8).

⁵ Exprimindo esta ideia, entre nós, MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da prova...», *cit.*, 1420-1.

⁶ A liberdade das formas aquisitivas e a liberdade de avaliação da prova, inteiramente funcionalizadas à descoberta da verdade material, afirmaram-se nos diversos momentos do fluir evolutivo dos sistemas continentais como os sintomas mais evidentes de uma involução autoritária da estrutura processual no sentido da inquisitorialidade. Este aspecto foi muito visível nos modelos processuais *mistos* ou de *inquisitório mitigado* que dominaram a Europa continental até finais da primeira metade do século passado: a não taxatividade dos meios de prova e a livre apreciação converteram-se na panaceia que permitia superar agilmente os obstáculos legais, i. é, as garantias atinentes ao método normativamente fixado, transmutando o sistema processual num esquema flexível que o juiz podia manipular em função das concretas necessidades de descoberta dos factos históricos objectivos. Um fenómeno que permitiu um alargamento sensível (e perverso) do conceito de *prova*: eram recuperadas e valoradas informações probatórias adquiridas *contra*

Um outro aspecto a sublinhar é o de que, destinando-se a disciplina probatória a circunscrever a patamares aceitáveis a margem de erro do julgador na apreciação dos factos, a violação de uma regra de *admissibilidade* de prova ou a preterição de um formalismo prescrito para a sua *produção* poderá implicar um juízo de desvalor legal, a considerar pelo julgador em sede de *valoração* (7). Estamos no domínio daquilo que a literatura alemã apelida de «proibições de valoração dependentes»: as normas que definem os limites de validade da actividade probatória ou estabelecem os formalismos para a sua realização (as chamadas «proibições de produção de prova» (*Beweiserhebungsverbote*)) acabam por repercutir-se no plano da apreciação dos resultados probatórios, arrastando consigo (em regra) «proibições de valoração» (*Beweisverwertungsverbote*) (8).

legem ou meros indícios e os resultados cognoscitivos obtidos de forma inquisitória e secreta nas fases de investigação adquiriam relevo no julgamento por meio de amplas faculdades de leitura dos autos. Para uma panorâmica geral da evolução histórica do processo continental, CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal* (1967-8), João Abrantes, 1968, 21 ss., FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal* (lições coligidas por Maria João Antunes), Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-9, 38 ss., MEDINA DE SEIÇA, *O conhecimento probatório do co-arguido*, Coimbra Editora, 1999, 163 ss., e SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *A protecção de testemunhas no processo penal*, Coimbra Editora, 2007, 172 ss. Outras indicações podem ser encontradas em F. CORDERO, *Procedura penale*, 6.ª ed., Giuffrè Editore, 2001, 17 ss., e L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, 5.ª ed., Editori Laterza, 1998, 574 ss.

⁷ De facto, «os dispositivos que disciplinam o *an* da actividade probatória ou estruturam o *quomodo* da operação aquisitiva integram, por vezes, um juízo (negativo) sobre a força de convencimento das informações obtidas em desconformidade com as indicações legais, obrigando o julgador a excluir *a priori* a atendibilidade daquelas provas» (cf. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *A protecção de testemunhas...*, *cit.*, 307-8). Assim, e para darmos um exemplo, estando a hipnose incluída entre os métodos proibidos (não admissíveis) de prova (art. 126.º, n.º 1), não poderá fundar o juiz a sua decisão em informações prestadas em estado hipnótico ainda que esteja intimamente convencido de que a testemunha fala a verdade — tratando-se de um meio de prova não admissível, a correspondente parcela de conhecimento está subtraída à sua livre convicção.

⁸ Para esta terminologia, K.-H. GÖSSEL, «As proibições de prova no Direito processual penal da República Federal da Alemanha», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* [=RPCC] (1992), 397 ss., e COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra Editora, 1992, 90. Não obstante a insuperável incoincidência terminológica, parece existir entre as «proibições de produção de prova» do direito alemão e as *exclusionary rules* anglo-americanas alguma identidade ontológico-funcional: trata-se, em qualquer dos casos, de regras que impedem a própria actividade probatória, condicionando reflexamente a valoração de determinados elementos de prova, ou seja, a possibilidade de estes integrem o substrato cognoscitivo da decisão (pelo menos — restringem aqui os tribunais germânicos — quando o “erro” na aquisição probatória possa repercutir-se negativamente na justiça da decisão). Não obnubilamos, porém, os diferentes pontos de partida de cada um destes conjuntos normativos. As «regras de exclusão» assumem um *ethos* marcadamente processual e dirigem-se apenas às instâncias formais de controlo (e já não aos particulares), evidenciando que a sua finalidade não é a tutela de bens jurídicos, mas a profilaxia de actuações policiais desajustadas em ordem a um *due process of law*. Diferentemente, as «proibições de prova» assumem-se como institutos vocacionados para uma tarefa de direito material, de maximização da tutela dos direitos fundamentais, tendo como destinatários todos os que possam intervir na esfera desses direitos (não só as autoridades de investigação, como qualquer outro indivíduo). Referindo-se às linhas de descontinuidade e aproximação entre os modelos americano e alemão, cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, *cit.*, 133 ss.

a) A admissibilidade da actividade probatória

A admissibilidade da actividade probatória supõe a (e está vinculada pela) prévia delimitação de um tema (*thema probandum*) — o *quid* que na linguagem normativa se designa por “*objecto da prova*” (art. 124.º) ⁽⁹⁾.

Entre os possíveis objectos de prova, o legislador destacou, no artigo 124.º, os enunciados factuais atinentes à existência da infracção («*relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido*») ⁽¹⁰⁾, à aplicação da reacção criminal («*a determinação da pena ou da medida de segurança aplicável*») e aos pressupostos da indemnização cível («*os factos relevantes para a determinação da responsabilidade civil*»). Embora não *expressis verbis* mencionados na norma, constituem ainda objecto de prova os enunciados factuais de que dependa a aplicação de normas processuais (os chamados “*factos processuais*”) — *v. gr.*, o lugar da consumação para a determinação da competência territorial (art. 19.º, n.º 1), a existência de vínculos familiares no direito de recusa de depoimento (art. 134.º), o perigo de fuga para a aplicação de uma medida de coacção (art. 204.º). E são-no também os enunciados factuais *subsidiários ou auxiliares* (*Hilfstatsachen*), que não tendo directa implicação subsuntiva versam sobre um determinado meio de prova e se destinam à verificação da sua fiabilidade — *p. ex.*, a credibilidade de uma testemunha ou a autenticidade de um documento.

Para além das indicações normativas, o intérprete deverá ainda respeitar os quadros científicos e gnoseológicos actuais na escolha e definição do *thema probandum*, já que «o horizonte instrutório tem [também] como limite a epistemologia dominante» ⁽¹¹⁾. O objecto da prova, seja ele qual for, não deverá estar em contraste com o acervo de conhecimentos lógicos e científicos da época histórica (*verosimilhança*) ⁽¹²⁾.

⁹ Sobre o alcance desta norma na delimitação do objecto da prova, MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da prova...», *cit.*, 1404, n. 47, que acompanhamos de perto na exposição seguinte, e MARQUES FERREIRA, «Meios de prova», in *Jornadas de Direito processual penal. O novo Código de processo penal*, Livraria Almedina, 1995, 222-3.

¹⁰ Entre estes contam-se tanto os enunciados factuais *principais* (*Haupttatsachen*) — *imediatamente* relevantes para a determinação da questão da culpa ou da pena (porque subsumíveis sem necessidade de quaisquer operações mentais a um elemento do tipo legal) —, como os enunciados factuais *secundários* (*Nebentatsachen*) — não referidos ao tema probatório principal mas *indutivamente* relevantes para o seu esclarecimento (é o caso dos *indícios* que importam para a demonstração da factualidade típica por meio de processos de inferência lógica alicerçados nas chamadas regras da experiência (*vermittelnder Erfahrungssätze*)). Cf. ELLEN SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, 1999, 119-20.

¹¹ F. CORDERO, *Procedura penale*, *cit.*, 564.

¹² G. UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, Giuffrè Editore, 2002, 130. Um exemplo incisivo pode encontrar-se em F. CORDERO, *Procedura penale*, *cit.*, 564: «um ministério público ocultista afirma que N

Posto que o objecto seja normativamente enquadrável e verosímil, a ideia reitora em matéria de admissibilidade da prova é a da mais ampla utilização de todas as técnicas e fontes de conhecimento que se revelem *idóneas e úteis* à verificação do *thema probandum* (13). Equivale isto a afirmar, usando o léxico específico deste segmento do saber, que a admissibilidade da actividade probatória se bastará, em princípio, com a verificação da sua *relevância (lato sensu)*. Assim, uma qualquer diligência de prova apenas deverá ser recusada quando não se revele útil à descoberta da verdade (*frustra probatur quod probatum non relevat*), seja por não estar referida ao objecto da prova (utilidade *abstracta*), seja por se mostrar redundante, supérflua ou desnecessária à decisão (utilidade *concreta*) (14).

Estas linhas de força são decisivamente confirmadas se percorrermos o itinerário do artigo 340.º, norma aplicável por *analogia* às fases processuais anteriores à audiência (15). À entidade que preside à aquisição da prova incumbe, então, uma avaliação “preventiva” da actividade instrutória, recusando-a quando implique a utilização de um método «legalmente inadmissível» (art. 126.º), as provas requeridas sejam «irrelevantes ou supérfluas» (respectivamente, as que não respeitem ao *thema probandum* e as atinentes a enunciados já suficientemente demonstrados (16)), ou a diligência requerida se refira a meios probatórios «inadequados, de obtenção impossível ou muito duvidosa».

devastou os campos de P, lançando sobre eles raios e coriscos, mandatado servilmente por Satanás, com o qual tinha um pacto» — a inquirição de testemunhas sobre este tema seria uma diligência inócua e ociosa, pois o objecto não é verosímil.

¹³ *Hoc sensu*, podemos falar de uma certa *liberdade de (aquisição) de prova* — com a advertência de que, mesmo neste plano, a liberdade do julgador está sujeita a sensíveis constrangimentos normativos, como veremos a propósito do estudo do princípio da legalidade da prova (art. 125.º) e das proibições de prova (art. 126.º).

¹⁴ Esta terminologia é muito comum na literatura italiana, como se pode ver em G. UBERTIS, «La ricerca della verità giudiziale», in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè Editore, 1992, 16 ss., e G. VASSALI, «Il diritto alla prova nel processo penale», in *Scritti Giuridici III*, Giuffrè Editore, 1997, 177 ss. Os autores citados distinguem, todavia, entre pertinência e relevância, referindo-se à primeira como a utilidade abstracta do meio de prova e à segunda como a sua utilidade concreta ou não superfluidade.

¹⁵ P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2007, 837, pronuncia-se antes no sentido da interpretação *extensiva* deste preceito.

¹⁶ Naturalmente, o juízo de *relevância* (em sentido amplo) não é estático: à medida que se avança no processo, somam-se os conhecimentos probatórios sobre o objecto, tornando-se despicienda ou supérflua a produção de provas adicionais. No entanto, o tribunal não pode, sob pena de violação do contraditório na sua dimensão de *direito à prova*, recusar um requerimento probatório a propósito de um concreto tema com a alegação de que os meios de prova oferecidos pelo Ministério Público constituem demonstração bastante dos correspondentes enunciados factuais. Isto porque, não obstante o dever de objectividade daquela magistratura, em regra os novos elementos probatórios são indicados não para confirmar, mas para desmentir a tese e a prova produzida pela acusação. Cf. P. FERRUA, «Diritto di difesa», in *Digesto delle Discipline penalistiche*, III, 470, e G. VASSALI, «Il diritto alla prova...», *cit.*, 485-6.

O problema da admissibilidade da prova não se confina nem se esgota em toda a sua extensão na regulamentação dos artigos 124.º e 340.º. É *topos* de passagem obrigatório na discussão desta matéria a referência aos artigos 125.º e 126.º, normas em que se espelham e reflectem, respectivamente, o princípio da *legalidade da prova* e as *proibições de prova* (enquanto limites à sua validade epistémica e política). Dedicar-lhes-emos um *item* separado do nosso estudo.

b) A produção ou realização da prova

Uma vez resolvida a questão da admissibilidade, as normas processuais disciplinam o itinerário de *produção* da prova, ou seja, os procedimentos e modalidades de realização dos meios de prova, transformando-os em informação utilizável em sede de decisão.

O método probatório legal comporta uma relevante dimensão procedimental, disciplinada nos diversos preceitos do Código, onde se definem tanto os grandes cânones orientadores (a oralidade, a imediação, o contraditório), como os formalismos concretos da realização dos meios de prova ou de obtenção de prova (na *prova testemunhal*, a essencialidade da presença física, o juramento, as perguntas sobre a identidade, o contra-interrogatório; no *reconhecimento*, a descrição preliminar da pessoa a identificar, as perguntas sobre o contexto da observação, a composição da “linha” de identificação; nas *escutas telefónicas*, a elaboração de autos de gravação, os prazos de controlo e validação judicial, etc.).

Estas regras não devem ser vistas como formalidades inócuas, reflexo da vontade decisionista e conformadora do legislador. Mais do que meras prescrições formais, assépticas no plano dos valores, as normas editadas pelo legislador para disciplinar a aquisição da prova exprimem uma opção valorativa perante os interesses conflitantes, quer dizer, espelham a estrutura íntima do processo penal na multiplicidade dos seus princípios conformadores e condensam os cânones que a experiência histórica de dois séculos demonstrou serem indispensáveis para se poder afirmar a fiabilidade da prova. Não surpreende, assim, que a sua inobservância possa repercutir-se *negativamente* sobre a eficácia ou valor probatório das informações adquiridas. De facto, a generalidade das limitações indirectas à livre apreciação decorre das normas que estabelecem os formalismos a que a aquisição da prova há-de obedecer, sancionando com uma «proibição

de valoração» as aquisições probatórias efectuadas em desconformidade com o *modus* legalmente prescrito (*errores in procedendo*) (17).

Não significa isto, todavia, defender uma qualquer equivalência entre «proibições de prova» e «regras de produção de prova», conceitos que a doutrina e a jurisprudência têm balizado e autonomizado. Embora possam versar sobre o método de aquisição, as *proibições de produção de prova* constituem barreiras à determinação dos factos que constituem objecto do processo e configuram verdadeiros obstáculos à descoberta da verdade, condicionando a utilização dos elementos de prova inquinados na formação da convicção do julgador (nulidades da prova ou “atípicas”). Diferentemente, as *regras de produção de prova* visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova, não determinando, se violadas, uma proibição de valoração: trata-se de «*prescrições ordenativas de produção da prova*, cuja violação não pode acarretar a proibição de valorar como prova (...) mas unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor» (18). E, acrescentamos nós, a possível *invalidade* do acto processual correspondente (nulidades *proprio sensu*).

Pese embora a limpidez conceptual da formulação, não são mínimas as dificuldades práticas de distinção entre as autênticas *proibições de prova*, que comportam vetos de utilização probatória ou “nulidades” atípicas, e as meras *regras de produção*, a que se associam as nulidades processuais típicas. E compulsar as normas processuais não serve aqui de auxílio interpretativo: é o próprio legislador que sanciona a violação de determinadas formalidades processuais ora com autênticas proibições de utilização ou valoração probatória (assim, a violação dos formalismos para a constituição de arguido — art. 58.º, n.º 5 —, e o desrespeito do procedimento externo do reconhecimento — art. 147.º, n.º 7), ora com “meras” invalidades processuais (p. ex., as regras que fixam a ordem de produção de prova — art. 341.º) (19).

¹⁷ Assim, «para além das provas proibidas por intrínseca ilegitimidade objectiva, teríamos as provas proibidas por ilegitimidade procedimental. O caminho não foi justo» (CONDE CORREIA, «A distinção entre prova proibida por violação dos direitos fundamentais e prova nula numa perspectiva essencialmente jurisprudencial», *Revista do Centro de Estudos Judiciários* [=RCEJ], n.º 4 (2006), 190).

¹⁸ FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal* I, Coimbra Editora, 1974, 446. Para esta distinção, veja-se ainda COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, *cit.*, 83 ss., que seguimos aqui de perto. O próprio Tribunal Constitucional [= TC] parece aderir a esta tese, ao reconhecer que «a par das *proibições de prova* (...) e atento o primado da descoberta da verdade material, assume especial relevo a figura da *invalidade*, concebida como a principal sanção da inobservância das pertinentes disposições processuais», e acrescentando que tais invalidades formais são «substancialmente *diversas* das nulidades enumeradas no artigo 32.º, n.º 8, da CRP» (Acórdão n.º 192/2001, de 8 de Maio, publicado no *Diário da República*, II Série, de 17 de Julho de 2002).

¹⁹ A linha de distinção entre provas proibidas e nulidades processuais por violação dos formalismos de aquisição probatória oscila também de modo significativo na jurisprudência, deixando o intérprete sem

c) A valoração da prova

O último momento do procedimento probatório é, como já se disse, o da *valoração* dos resultados obtidos, em que intervém o princípio da *livre apreciação* da prova (art. 127.º) ⁽²⁰⁾.

Não se trata já da *intime conviction* dos sistemas acusatórios pós-revolucionários — consciente dos desvirtuamentos históricos sofridos nos modelos processuais mistos ou de inquisitório mitigado, a doutrina actual tem procurado reconduzir o conteúdo do princípio aos seus justos limites, adscrevendo-lhe um duplo sentido negativo e positivo. Assim, a enunciação do critério de apreciação da prova não se basta já com a afirmação apodíctica de que, naquela delicada tarefa, o julgador não deve ser aprisionado por regras inflexíveis pré-estabelecidas na lei (livre apreciação em *sentido negativo*). Embora necessariamente radicada numa convicção pessoal, a liberdade que subjaz à valoração «há-de ser, em

qualquer referente hermenêutico seguro. Desde logo, não serve tal propósito distintivo o critério *terminológico* ou *formal* (a utilização do lexema “nulidade” ou expressões como “não podem ser utilizadas como prova”, “não tem valor como prova”, para referir, respectivamente, as nulidades típicas ou as proibições probatórias), já que é o próprio legislador constitucional a aludir a provas “nulas” nos casos mais gritantes e radicais de provas proibidas (art. 32.º, n.º 8, da CRP). Não parece ser adequado, também, o critério da *disponibilidade do objecto de protecção da norma*, porquanto existem entre nós provas proibidas que apenas o são se faltar o consentimento do titular (art. 34.º, n.ºs 2 e 3, da CRP) e situações de nulidade cuja sanção não está ao alcance da vontade do interessado (art. 119.º). Na busca de uma fronteira distintiva segura, CONDE CORREIA, «A distinção entre prova proibida...», *cit.*, 185 ss., defende que o critério há-de encontrar-se nas normas constitucionais: «Serão proibidas todas as provas obtidas mediante uma compressão dos direitos fundamentais em termos não consentâneos com a autorização constitucional, ainda que aparentemente a prova seja admissível e apenas tenham sido violadas as formalidades processuais da sua aquisição». Concretizando os parâmetros constitucionais de tolerância na agressão a direitos fundamentais, o legislador ordinário sujeita a aquisição da prova a determinados requisitos formais, tendentes a reduzir a margem de risco e sem os quais a prova não é permitida. Em caso de preterição desses formalismos, a a restrição é “abusiva” e a prova obtida será “nula” (no sentido constitucionalmente pressuposto: art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte, da CRP). Um exemplo paradigmático é-nos dado pelo regime das escutas telefónicas: como justamente salienta a jurisprudência constitucional, alguns dos requisitos de colocados sob a epígrafe “formalidades das operações” (art. 188.º) concretizam verdadeiras condições constitucionais para a admissibilidade da prova (p. ex., o controlo judicial da realização das escutas), pelo que *sem eles* a intervenção nas telecomunicações não deixa de considerar-se “abusiva” (e, *hoc sensu*, proibida). Para uma resenha da jurisprudência constitucional nesta matéria, para além do autor e obra citados, cf. DAMIÃO DA CUNHA, «A jurisprudência constitucional em matéria de escutas telefónicas», *Jurisprudência Constitucional* (2004), 50.

²⁰ Um princípio cuja aplicabilidade não se esgota no julgamento, quando se trata de considerar os resultados probatórios na decisão final, mas atinge toda a tramitação processual — p. ex., quando o Ministério Público tenha que apreciar a existência de «indícios suficientes» para deduzir acusação (art. 283.º). Sobre o sentido e o alcance actual da livre apreciação, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *A protecção de testemunhas...*, *cit.*, 295 ss., que seguimos aqui de muito perto sem a preocupação obsidante de alusão à fonte.

concreto, reconduzível a critérios objectivos e, portanto, em geral susceptível de *motivação e controlo*» (livre apreciação em *sentido positivo*) ⁽²¹⁾.

Significa isto que, no nosso modelo acusatório actual, a enunciação do critério de valoração probatória não está livre da obediência a critérios de controlo racional e do respeito por constrangimentos normativos (justamente aqueles que permitem estabelecer se a prova produz resultados idóneos a sustentar um juízo sobre os factos).

Desde logo, importa assinalar a existência de importantes restrições intrínsecas à livre (*rectius*: arbitrária) convicção da entidade judicante. Estas restrições operam de dois modos distintos: *ex ante*, obrigando o juiz a controlar o fundamento do próprio raciocínio sobre as provas, desenvolvendo-o por meio de critérios racionais; e *ex post*, permitindo a sucessiva fiscalização daquele raciocínio por outros sujeitos, mediante os mesmos critérios lógicos ⁽²²⁾. Entre as primeiras contam-se as *máximas de experiência*, cânones de juízo que orientam, sem a aprisionar, a consciência individual do julgador e garantem *in itinere* a legitimação epistemológica da decisão (art. 127.º). No segundo núcleo incluem-se o dever de *fundamentação* e o direito de *recurso*, constitucionalmente sancionados (arts. 205.º, n.º 1, e 32.º, n.º 1, CRP), que tornam possível a verificação da validade do juízo decisório pelos destinatários da sentença e pelo tribunal superior.

Mas estas técnicas de controlo não esgotam o problema. Nos casos em que é reclamada uma maior prudência na apreciação da prova, em virtude da sua menor credibilidade abstracta, é o próprio legislador que condiciona e comanda o sentido da valoração. Quer de modo *indirecto*, através da disciplina jurídica da *admissibilidade* da actividade probatória, em parte dirigida a prevenir erros valorativos pela exclusão *a priori* das fontes de conhecimento consideradas perigosas, e do método de *produção de prova* legalmente esboçado, quando a inobservância dos formalismos prescritos é sancionada com uma proibição de valorar os correspondentes resultados cognoscitivos ⁽²³⁾. Quer de

²¹ FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal, cit.*, 139. Não se ignora que, na sua origem histórica, o princípio da livre convicção procurou apenas desvincular o juízo probatório da “tirania” das provas legais, possibilitando ao órgão judicante a verificação individualizada da eficácia de cada informação de acordo com as «luzes seguras do bom senso». Mas se a ideia matriz do renovado modelo processual é, como julgamos, a de permitir a intervenção constitutiva do aplicador na concretização do método probatório, então a livre valoração da prova «não deve implicar nunca o arbítrio, ou sequer a decisão irracional, puramente impressionista-emocional que se furte, num incondicional subjectivismo, à fundamentação e à comunicação» (CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal, cit.*, 50).

²² M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici: nozioni generali (Trattato di Diritto civile e commerciale III, t. 2, sez. 1)*, Giuffrè Editore, 1992.

²³ Como já se disse, violada a prescrição normativa destinada a salvaguardar a atendibilidade da operação probatória e a correcta formação do convencimento judicial, a prova irritualmente adquirida permanece

forma *directa*, mediante a previsão de *regras legais de valoração*, pelas quais se restringe o material probatório útil à decisão ou se atenua a eficácia persuasiva de determinados meios de prova (p. ex., a proibição de valoração desfavorável do silêncio do arguido: arts. 343.º, n.º 1, e 345.º, n.º 1; a exclusão do valor probatório de testemunhos de ouvir dizer: art. 129.º, n.º 1; a exigência de corroboração das declarações anónimas: art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho) ⁽²⁴⁾.

Em suma: bem longe de justificar a discricionariedade arbitrária do julgador, a livre apreciação postula um juízo decisório pautado por critérios lógicos e racionais e, assim, susceptível de motivação e controlo, um juízo que o legislador não se coíbe de conformar sempre que a experiência sugere a necessidade de excluir ou limitar o valor de determinados resultados probatórios ⁽²⁵⁾.

desprovida de qualidades persuasivas. Não oferecendo as garantias que o legislador considera indispensáveis, a prova «é ineficaz, enquanto inidónea a fornecer o suporte para a reconstrução histórica do facto» (E. AMODIO, «Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* (1973), 338).

²⁴ No entender de M. Taruffo, a questão da valoração ou «eficácia da prova representa mesmo, (...) nos ordenamentos de *civil law*, o campo privilegiado da disciplina jurídica do fenómeno probatório». Pelo contrário, nos países de *common law*, embora sobrevivam algumas regras de valoração (como a *corroboration rule*), a disciplina legal parece respeitar essencialmente à admissibilidade da actividade probatória, apresentando-se sob a forma de *exclusionary rules* que mais não são do que juízos de relevância pré-determinados por lei. As regras de admissibilidade e de exclusão probatória operam numa fase prodrómica à da valoração, impedindo *em absoluto* a aquisição de determinados materiais e, claro está, a sua utilização na formação do convencimento judicial. Já os cânones valorativos pressupõem a prévia aquisição do meio de prova, limitando-se a «condicionar» ou «orientar» a formação da convicção, que não poderá sustentar-se (ou sustentar-se apenas) sobre resultados desprovidos de capacidade persuasiva. Assim, as regras de exclusão *negam* à prova qualquer eficácia, enquanto os critérios de valoração orientam a actividade destinada a atribuir *um* valor epistemológico à prova (valor esse que pode ser ou não *nulo*, consoante o fim de protecção da norma e a densidade da violação). Cf. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., 361.

²⁵ Por outras palavras, as de CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de processo penal* I, Editora Danúbio, 1986, 204-5, «A livre apreciação do juiz não pode significar, nem significa, a substituição da certeza objectiva como finalidade da prova, por uma convicção subjectiva, incondicionada e desligada de regras legais, de regras de lógica baseadas na experiência, que formam o conteúdo de um direito probatório substantivo».

II. Legalidade da prova e provas proibidas

a) O princípio da legalidade da prova

1. Na fórmula condensada do artigo 125.º, que as sucessivas revisões da legislação processual deixaram intocada, exprime-se o essencial do princípio da legalidade da prova — «*são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei*»⁽²⁶⁾.

Uma leitura descomprometida desta norma revela, desde logo, que o legislador quis definir um núcleo mais ou menos extenso de provas *proibidas* e impedir a sua utilização no processo penal — a legalidade da prova apresenta-se, neste sentido, como um limite ao *princípio da investigação* ⁽²⁷⁾. Voltaremos a este ponto.

Por outro lado, ao proibir a utilização de certos meios probatórios, quis o legislador também delimitar (negativamente) o elenco das provas *admitidas* em processo penal — a fórmula «são admissíveis as provas que não forem proibidas» tem aqui o sentido de que não são admitidos apenas os meios probatórios tipificados, mas todos os meios de prova que não forem proibidos mesmo sendo atípicos ⁽²⁸⁾. Este era já o entendimento que se defendia a propósito do artigo 173.º do CPP de 1929, onde se dispunha: «o corpo de delito pode fazer-se por qualquer meio de prova admitido em direito» ⁽²⁹⁾.

²⁶ É assinalada a singularidade desta norma, «que se completa numa única linha» e «tem passado a salvo das sucessivas alterações sofridas pelo actual processo penal» (Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal: comentários e notas práticas*, Coimbra Editora, 2009, 314).

²⁷ CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de processo criminal*, cit., 45-47, sublinha esta ideia ao aludir aos limites ao que designa por «princípio inquisitório», referindo-se às «restrições que a *legalidade processual* impõe já à utilização de quaisquer *meios de prova* — assim, só poderão utilizar-se os meios de prova legalmente admitidos (...), ficando excluídos certos processos porventura eficazes, mas atentatórios de valores fundamentais (...) — já ao modo da sua produção».

²⁸ Neste sentido, escreve G. MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal II*, 4.ª ed., Editorial Verbo, 2008, 136-7: «Proibindo a utilização de certos meios de prova, a norma consagra também (...) a *liberdade da prova*, no sentido de serem admissíveis para a prova de quaisquer factos todos os meios de prova admitidos em direito, ou seja, que não sejam proibidos por lei. Não são só os meios de prova tipificados, isto é, regulamentados por lei, que são admitidos, são admissíveis todos os que não forem proibidos, mesmo sendo atípicos».

²⁹ Em anotação a esta norma, SILVA ARAÚJO, *Código de Processo Penal anotado e actualizado*, Coimbra Editora, 1960, 232, explicava a previsão com referência à prevalência do «apuramento da verdade dos factos» entendida como «preocupação dominante em processo penal». Todavia, a formulação autorizava uma leitura mais restritiva, como a de LUÍS OSÓRIO, *Comentário ao Código de Processo Penal português*, III, Coimbra Editora, 1932-4, 94, para quem «o fundamento da regra (...) está no facto de o legislador não ter julgado necessário nem admitir outros meios para além dos que vão sendo admitidos no nosso direito, nem ter sentido necessidade de fazer qualquer limitação».

Assim entendida, a legalidade da prova afasta-se decisivamente do sentido que a tal expressão era conferido no sistema das *provas legais* da Baixa Idade Média e da época absolutista (³⁰). E isto numa dupla vertente: não só o legislador não estrutura um sistema fechado ou taxativo quanto aos meios de prova admissíveis, como também não pré-determina para cada tipo de enunciado factual que categoria ou espécie de meios probatórios é idónea à sua demonstração. «Todos os meios de prova são, assim, igualmente aptos e admissíveis para comprovar judiciariamente não importa que facto» (³¹), não tendo a aquisição de material probatório que se processar por certos meios ou instrumentos especificados na lei em razão do tipo de facto a provar, com exclusão de todas as demais fontes de conhecimento abstractamente possíveis.

Daqui resulta que, para a aquisição de informação probatória necessária, pode o julgador socorrer-se dos meios tipificados: as chamadas *provas típicas* (testemunhos, documentos, perícias, etc.). Mais: é-lhe reconhecida, em princípio, a liberdade de escolher *indiferentemente* qualquer dessas fontes tipificadas de conhecimento, seja qual for a natureza dos factos a provar. Para além das formas probatórias previstas e modeladas pelo legislador, é ainda possível recorrer, *em casos excepcionais*, a meios não constantes do catálogo legal, desde que idóneos à verificação do *thema probandum* e não proibidos pelo legislador: são os meios de prova inominados as *provas atípicas* (³²).

2. Na opinião que pode dizer-se tradicional, e que se espelha ainda nas anotações e comentários dos nossos mais ilustres tratadistas, o artigo 125.º reconduz-se afinal à consagração de uma ampla *liberdade dos meios de prova*. «Não apenas no sentido de que é admissível recorrer a todas as fontes e a todos os meios [posto que não sejam proibidos]

³⁰ No sistema da prova legal medieval, as regras *pré-fixavam* autoritariamente os meios probatórios admissíveis e o valor de cada singular meio de prova, hierarquizando-o de acordo com critérios abstractos de atendibilidade (p. ex., o número, a idade ou a condição social das testemunhas), e *determinavam* o sentido último da decisão, impondo ao juiz que condenasse ou absolvesse consoante se tivesse verificado ou não o *quantum* de prova previsto na lei. Para uma consideração detida das notas definidoras do sistema da prova legal, cf. J.-P. LEVY, «Le problème de la preuve dans les droits savants du moyen age», in *La preuve (Moyen age et temps modernes)*, Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions, XVII, Librairie Encyclopedique, 1965.

³¹ EDUARDO CORREIA, «Les preuves en droit pénal portugais», *Revista de Direito e Estudos Sociais* (1967), 33.

³² É o que sucede, *v. gr.*, em razão da constante evolução científica e do progresso tecnológico. Nos últimos anos, novas descobertas têm vindo a possibilitar técnicas distintas e inovadoras de conhecimento e demonstração probatória, como as pesquisas de ADN e de todo um manancial de «meios ocultos de investigação» (p. ex., a localização celular ou por sinal de GPS, as técnicas do IMSI/IMEI-Catcher ou “SMS-Blaster”). Este últimos brevemente descritos em COSTA ANDRADE, «Métodos ocultos de investigação (*Plädoyer* para uma nova teoria geral)», in *Que futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra Editora, 2009, 533-5.

para a demonstração dos factos a que se reporta o processo, mesmo que tais fontes ou meios não estejam previstos em regras legais; mas também no sentido de que nenhum facto tem a sua demonstração probatória ligada à utilização de um certo meio pré-estabelecido na lei» (33).

Para não ser uma banalidade, um puro truísmo, a afirmação genérica de que são admissíveis todas as provas que não sejam proibidas por lei deve, todavia, ser entendida no contexto da estrutura fundante do nosso sistema processual — um sistema de estrutura basicamente acusatória (art. 32.º, n.º 5, da CRP), que tem como preocupação dominante a busca da verdade material, mas sempre com inteiro respeito pela pessoa do arguido e pela validade epistemológica das provas.

Não podemos, de facto, deixar de ter presente a inclusão desta norma num modelo processual-probatório «conformado pela tutela dos direitos fundamentais das pessoas, sobretudo dos direitos de defesa dos que são alvo de perseguição judiciária (cf. art. 32.º, n.º 1, da Constituição), bem como por exigências de racionalidade e controle da prova». Para concluir que nesta estrutura processual, diferentemente do que sucedia no inquisitório mitigado do Código de 1929, a *liberdade* ou *não taxatividade* dos meios de prova «não pode significar que todas as vias, pela circunstância de sobre elas não recair uma directa proibição, estejam sem mais disponíveis». Pelo contrário, «o sistema probatório deve ser interpretado *positivamente*» à luz da matriz acusatória em que se inspira «e não apenas a partir das concretas proibições que o delimitam» (34).

Para esta nova compreensão do problema, de que limitamos aqui a fazer eco, o artigo 125.º «nem se limita a uma mera *regra de exclusão*, vedando as formas de aquisição proibidas, nem a uma estrita *regra de permissão ou de inclusão*, ao abrir o caminho a vias não previstas» (35). Perspectivado o preceito no *ambiente processual-probatório* em que se inclui, é possível extrair dele outras e mais importantes *lições* no que respeita à admissibilidade dos meios de prova atípicos.

³³ EDUARDO CORREIA, «Les preuves en droit pénal portugais», *cit.*, 33 (interpolação nossa), para quem no artigo 125.º pode encontrar-se a «afirmação da liberdade total do juiz na escolha das fontes de conhecimento, *id est*, o princípio da prova livre». No mesmo sentido, também G. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal II*, *cit.*, 137, e P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, *cit.*, 324, que respectivamente lêem o artigo 125.º (apenas) como expressão de um «princípio de *liberdade dos meios de prova*» ou de «*não taxatividade dos meios de prova*».

³⁴ MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da prova...», *cit.*, 1408 (itálico nosso).

³⁵ MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da prova...», *cit.*, 1408

2.1. Pode enunciar-se como primeiro corolário desta compreensão a ideia de que a admissibilidade de uma prova atípica pressupõe não só a ausência de uma expressa proibição normativa, mas ainda a falta de um meio probatório tipificado adequado a produzir o mesmo resultado cognoscitivo. Existindo uma concreta prova típica apta a fornecer ao julgador as informações probatórias pretendidas é o formalismo delineado para a aquisição desse meio de prova que deve ser seguido, repudiando-se o recurso a uma qualquer “prova atípica”.

De facto, «a circunstância de, em casos excepcionais e sob apertados requisitos, ser possível o recurso a meios de prova não previstos não deve usar-se para contornar o sistema do direito probatório». Em particular, não pode o intérprete «afastar as formas probatórias consagradas pelo legislador, sob o pretexto de estas formas não serem taxativas, qualificando como prova atípica admissível aquilo que não passa de um desvio ilegal do modelo probatório previsto»⁽³⁶⁾ (e que melhor se poderia qualificar como prova *contra legem*). *Provas atípicas* são apenas os instrumentos probatórios efectivamente não previstos pelo legislador e não *formas irrituais* de aquisição de meios de prova já disciplinados no tecido processual.

Para ilustrar o que se afirma, refira-se o entendimento que durante muitos anos foi pacificamente aceite pela nossa jurisprudência, que considerava admissíveis, como reconhecimentos “*atípicos*” ou “*informais*”, os efectuados no decurso da audiência de julgamento sem respeito do formalismo descrito no artigo 147.º — perguntando-se simplesmente a quem prestava declarações (a testemunha, o assistente) se reconhecia o arguido, ali presente, como o agente dos factos objecto da imputação. Nos arestos que versaram sobre o problema dizia-se, *inter alia*, que os referidos processos de reconhecimento constituíam fontes admissíveis de prova (apesar de não cumprirem as prescrições impostas pelo artigo 147.º), uma vez que não se encontravam abrangidos por uma proibição directa da lei e, ademais, ocorriam no contexto de um outro meio de prova com expressa previsão normativa, a saber, a prova testemunhal, por declarações do assistente ou das partes civis⁽³⁷⁾.

Como se intui, não podemos subscrever a tese enunciada, que a seu tempo a jurisprudência constitucional justamente censurou e o legislador teve oportunidade de expurgar dos quadros normativos. Expliquemo-nos: sob pena de deturpação do seu sentido

³⁶ MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da prova...», *cit.*, 1411.

³⁷ Para a identificação e sùmula crítica de algumas dessas espécies jurisprudenciais, cf. MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da prova...», *cit.*, 1400-1.

nuclear, o princípio da *legalidade da prova* não pode servir, afinal, para admitir como válidos reconhecimentos feitos em audiência sem observância do procedimento específico para a sua produção (cfr. art. 147.º⁽³⁸⁾) — procedimento esse prescrito pelo legislador como o mais adequado a garantir a fiabilidade dos resultados probatórios obtidos. Nem mesmo com o argumento de que se trata de prova não proibida ou com a invocação de ser não taxativo o catálogo dos meios de prova. Porque os reconhecimentos informais não são, na verdade, reconduzíveis à figura das autênticas provas atípicas — uma coisa é a admissibilidade de meios de prova não expressamente previstos (essas sim, provas atípicas *proprio sensu*), outra bem diferente é permitir desvios ao figurino probatório *expressis verbis* previsto pelo legislador para a aquisição irritual de meios tipificados de prova (no que resultam meras provas típicas ilegalmente produzidas).

Uma primeira evolução no sentido da vinculatividade do procedimento estabelecido no artigo 147.º em todas as fases do processo pode encontrar-se no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 137/2001, de 28 de Março, no qual se decidiu, em sede de fiscalização concreta, «julgar inconstitucional, por violação das garantias de defesa do arguido, consagradas no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição, a norma constante do artigo 127.º do C.P.P., quando interpretada no sentido de admitir que o princípio da livre apreciação da prova permite a valoração, em julgamento, de um reconhecimento do arguido realizado sem observância de nenhuma das regras definidas pelo artigo 147.º do C.P.P.»⁽³⁹⁾. Entretanto, na revisão de 2007 do Código de Processo Penal⁽⁴⁰⁾, o legislador veio esclarecer que o reconhecimento que não obedeça ao procedimento do artigo 147.º «não tem valor como meio de prova, *seja qual for a fase do processo em que ocorrer*» (art. 147.º, n.º 7). Apesar de poderem ser mostrados ao arguido, ao assistente, às partes civis e às testemunhas «quaisquer pessoas, documentos ou objectos relacionados com o tema da prova, bem como peças anteriores do processo» (art. 345.º, n.º 3, aplicável a outros declarantes *ex vi* arts. 346.º, n.º 2, 347.º, n.º 2, e 348.º, n.º 7), essa diligência há-de sempre compatibilizar-se não só com as

³⁸ Em primeiro lugar, solicita-se à pessoa que descreva o indivíduo a reconhecer, com indicação de todos os pormenores de que se recorda: idade, sexo, raça, estatura, cor dos olhos e cabelos, deformidades, forma do rosto e do nariz. De seguida, é perguntado ao sujeito activo se já tinha visto a pessoa descrita antes e em que condições, bem como outras circunstâncias que possam influir na credibilidade da informação (art. 147.º, n.º 1, *in fine*). Finalmente, entra-se na fase propriamente recognitiva: afasta-se o sujeito activo e «chamam-se pelo menos duas pessoas que apresentem as maiores semelhanças, inclusive de vestuário, com a pessoa a identificar» (art. 147.º, n.º 2, 1.ª parte); escolhidos os «figurantes», a pessoa a identificar é colocada ao lado deles, «devendo, se possível, apresentar-se nas mesmas condições em que poderia ter sido vista pela pessoa que procede ao reconhecimento. Esta é então chamada e perguntada sobre se reconhece algum dos presentes [para evitar falsos positivos] e, em caso afirmativo, qual» (art. 147.º, n.º 2, 2.ª parte). Interpolação nossa.

³⁹ Publicado no *Diário da República*, II Série, de 29 de Junho de 2001.

⁴⁰ Esta “revisão” foi introduzida pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto. Uma ampla bibliografia sobre os méritos e deméritos dessa alteração legislativa pode ser já encontrada; por todos, em tom veementemente crítico, M. COSTA ANDRADE, “Bruscamente no Verão passado”..., *cit.*, 134 ss.

exigências de imediação pressupostas nos artigos 356.º e 357.º, mas também com os formalismos prescritos nos artigos 147.º e 148.º para o reconhecimento de pessoas e objectos, *como agora expressamente acautela o legislador*.

Naturalmente, a mesma compreensão das coisas é válida a propósito de outras formas de aquisição probatória, como os testemunhos e as declarações do arguido, do assistente ou das partes civis. Prevendo a lei um formalismo específico para a aquisição de testemunhos ou declarações de outras pessoas, a que é conatural a *imediação* judicial (art. 355.º) e uma certa medida de *contraditório* contextual à sua produção (senão veja-se os arts. 345.º, n.º 1, 346.º, n.º 1, 348.º, n.º 4, e 350.º, n.º 1), parece-nos não ser de admitir sequer a figura das “conversas informais” ou do “testemunho extra-judicial”, mesmo quando surjam recobertas com a pretensa natureza de meio atípico de prova. Embora possam servir para orientar o sentido das investigações policiais, os saberes obtidos fora do contexto do processo não são, *em princípio*, aptos a integrar o substrato cognoscitivo da decisão⁽⁴¹⁾. Os formalismos para a aquisição válida de um meio de prova e o contacto vivo e imediato do julgador com as fontes de onde promanam os conhecimentos não podem ser substituídos pela valoração “à distância” de depoimentos cristalizados no tempo, que mais se assemelham a provas secretas, pré-constituídas e obtidas *inaudita parte*.

No que respeita às chamadas “conversas informais” — declarações prestadas pelo suspeito aos agentes policiais antes da sua constituição como arguido ou depois dela mas em todo o caso não registas em auto —, a questão deve ter-se por pacificada na jurisprudência e na doutrina no sentido da sua radical *inadmissibilidade*. Entender o contrário seria franquear portas a uma situação de *fraude à lei*. Não apenas porque assim se iludiria o respeito pelos mecanismos legais de garantia do esclarecimento e da liberdade de declaração do arguido

⁴¹ Não é muito diferente o que sucede com as informações prestadas aos órgãos de polícia criminal, no quadro das medidas cautelares e de polícia (arts. 249.º, n.º 2, al. *b*), e 250.º, n.º 8). Com efeito, a nossa lei prevê que os órgãos de polícia criminal, «mesmo antes de receberem ordem da autoridade competente para procederem a investigações», possam «colher informações das pessoas que facilitem a descoberta dos agentes do crime e a sua reconstituição» (art. 249.º, n.º 2, al. *b*)), bem como «pedir ao suspeito, bem como a quaisquer pessoas susceptíveis de fornecerem informações úteis, e deles receber, sem prejuízo, quanto ao suspeito, do disposto no artigo 59.º, informações relativas a um crime» (art. 250.º, n.º 8). Está subjacente a esta tomada de informações a ideia que em geral preside às medidas cautelares e de polícia: assegurar conhecimentos probatórios que poderiam esvanecer-se com o tempo e, assim, orientar o sentido da actividade investigatória. Embora estas *informações sumárias* estejam feridas por uma verdadeira proibição de valoração (porquanto não integram os autos cuja leitura em audiência seja consentida pela lei — art. 356.º e 357.º, *a contrario*), nada obsta a que mais tarde o “informador”, ouvido na veste de testemunha, assistente, arguido, etc., produza no processo declarações probatórias, essas sim legitimamente valoráveis, com o mesmo conteúdo daquelas primeiras informações. Dito de outro modo: a proibição de valoração de declarações “informais” ou “extra-processuais” não abrange as provas consequenciais àquelas declarações (as provas que essas declarações tornaram possíveis), de acordo com um eventual “efeito-à-distância” postulado pela *fruit of the poisonous tree doctrine*. Cf. MARTA BARGIS, *Profili sistematici della testimonianza penale*, Giuffrè Editore, 1984, 17, sobre a nítida a dissimelhança entre as *sommarioe informazioni* recolhidas pela polícia e pelo Ministério Público e o depoimento testemunhal em sentido próprio.

(sem os quais as informações prestadas por este sujeito processual «não podem ser utilizadas como prova» — art. 58.º, n.º 5). Mas também por tornar o processo permeável à valoração de declarações feitas nas fases de investigação, introduzidas em juízo por intermédio de testemunhas de “ouvir-dizer” (os agentes policiais com quem foram mantidas as “conversas informais”), mesmo nos casos em que, se houvessem sido reduzidas a auto (como devido — art. 275.º, n.º 1) ⁽⁴²⁾, tais declarações devessem integrar o elenco das situações de leitura proibida (cf. arts. 355.º e 357.º *a contrario*) ⁽⁴³⁾.

De forma semelhante, não podem ser admitidos e valorados como se de testemunhos “atípicos” se tratasse os depoimentos dos participantes processuais que, subtraindo-se à oralidade, ao juramento e à *cross examination* — numa palavra às garantias formais de que o legislador quis rodear a aquisição do respectivo meio de prova —, prestem declarações “extra-judiciais” sobre os factos que integrem o *thema probandum*, *v. gr.*, em entrevistas à imprensa escrita ou aos meios audiovisuais, em obras auto-biográficas ⁽⁴⁴⁾.

⁴² Num já famoso *obiter dictum*, o Supremo Tribunal de Justiça [= STJ] teve ocasião de afirmar que «os órgãos de polícia criminal têm por função o carrear para o processo todos os elementos que lhes advenham das declarações dos arguidos», razão pela qual «todas e quaisquer conversas informais que mantenham com eles não podem ser apreciadas pelo Tribunal (...), em virtude de tais conversas passarem a ser dados de facto não carreados para os autos quando o deveriam ter sido e, como tal, incognoscíveis» (Acórdão do STJ de 29 de Janeiro de 1992, publicado na *Colectânea de Jurisprudência – Acórdãos do STJ* (1992), t. 1, 21). Não obstante a aparente latitude dos poderes do Ministério Público na decisão sobre que diligências de prova devem ser documentadas, é pacífico que vigora entre nós um princípio de *completude dos autos*, pelo que a não redução a escrito dos actos processuais só é legítima se os elementos ou informações forem totalmente inócuos do ponto de vista probatório ou quando a sua revelação implique perigos desproporcionais para concretas pessoas (testemunhas, informadores, etc.).

⁴³ Sobre o problema das “conversas informais” entre arguido e órgãos de polícia criminal, cf., por todos, DAMIÃO DA CUNHA, «O regime processual da leitura de declarações na audiência de julgamento (Algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial)», *RPCC* (1997), 423 ss.

⁴⁴ Em sentido contrário, cf. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, *cit.*, 360. Este autor parece admitir como legítima a figura dos testemunhos atípicos ao defender que «uma declaração testemunhal extra-judicial é “menos segura” do que o testemunho adquirido em juízo, (...) mas a única consequência racional é a de que aquela declaração deverá ser valorada com maior cautela, precisamente porque não foi controlada durante a sua formação». Em nossa opinião, todavia, as declarações produzidas por quaisquer pessoas fora do contexto do processo só deverão ser valoradas como testemunhos (ou declarações de assistente, de arguido, etc.) se forem repetidas *coram partibus* em audiência (art. 355.º). Para o efeito, e sob pena de as correspondentes informações não poderem servir como meio de prova, o juiz deverá chamar a depor no processo o autor das declarações extra-judiciais (cf. art. 129.º, n.º 1). Fora desta hipótese, os depoimentos extra-processuais (*que não sejam de arguido*) poderão ainda ser *excepcionalmente* atendidos quando a inquirição das pessoas que os produziram «não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas» (art. 129.º, n.º 1, parte final). É esta a solução *expressis verbis* delineada pelo legislador para os casos em que a declaração extra-processual é trazida a juízo por meio de testemunhas de ouvir-dizer. Entendemos que não existem motivos para afastar esta disciplina nos demais casos de “testemunho” extra-judicial, seja qual for o *medium* da sua introdução no processo (p. ex., artigo jornalístico), quando a «excussão do hipotético autor da declaração referida» (Cordero) se torne impossível devido a circunstâncias objectivas e incontornáveis pelas autoridades de perseguição. Parece-nos ser esta a solução defendida também por G. MARQUES DA SILVA, «Produção e valoração da prova em processo penal», *RCEJ*, n.º 4 (2006), 44-5, para quem nada impede as declarações colhidas fora da sede processual «sejam admitidas no processo, através de provas documentais ou por testemunho indirecto». Este entendimento aproxima-nos, aliás, do conceito de *hearsay evidence* do direito anglo-americano. Na definição clássica de McCormick, constitui *hearsay* qualquer depoimento, oral ou escrito, respeitante a declarações feitas fora da audiência, que tenha

Em síntese, e no que respeita especificamente à admissibilidade de meios atípicos, o ensinamento que se retira do artigo 125.º é o de que o intérprete só pode socorrer-se de provas não tipificadas *quando falte o meio probatório típico idóneo a produzir o mesmo resultado cognoscitivo* (em regra nas situações em que o progresso tecnológico se adianta à capacidade de previsão do legislador). Podendo então afirmar-se que a *liberdade dos meios de prova* encontra limites normativos não apenas nas expressas proibições de prova (art. 126.º), mas também nos formalismos prescritos na lei para a aquisição de determinada parcela de conhecimento probatório — aí onde o legislador já interveio, cristalizando em regras jurídicas os cânones que a experiência histórica consagrou como as mais adequadas a assegurar a fiabilidade da prova, deve transigir e recuar a liberdade aquisitiva do tribunal.

2.2. Por outro lado, e numa segunda vertente do problema, «o facto de em direito processual penal não se exigir, para a prova de determinados enunciados factuais, a utilização de meios de prova específicos (como sucede, em certos casos, no processo civil), não equivale a dar por assente que o julgador seja livre na escolha dos meios de prova a utilizar». Significa isto, na expressão usada por Medina de Seíça, que a liberdade de meios de prova não deve confundir-se com uma completa “*fungibilidade*” das formas probatórias.

Pode suceder, também no domínio do processo penal, que a comprovação de determinados enunciados factuais imponha a utilização de meios probatórios específicos, não podendo estes ser substituídos por outros «que, embora previstos e disponíveis, não apresentem a mesma capacidade de esclarecimento ou a mesma garantia de fiabilidade» (45). Estamos aqui no domínio das designadas, pela doutrina alemã, *proibições de prova*

sido oferecido como elemento demonstrativo da veracidade dos factos nesta referidos e cujo valor probatório repousa na credibilidade da “testemunha” extra-judicial» («*any testimony in court, or written evidence, of a statement made out-of-court, the statement being offered as an assertion to show the truth of the matters asserted therein, and thus resting for its value upon the credibility of the out-of-court asserter*»). Este conceito, em que se incluem a leitura de autos e anotações privadas, ultrapassa em amplitude o âmbito da proibição de testemunhos de ouvir-dizer do artigo 129.º. Sobre a formulação, âmbito de aplicação e excepções à *rule against hearsay* no direito anglo-americano, cf. M. HANNIBAL/LISA MOUNTFORD, *The Law of Criminal and Civil Evidence: principles and practice*, Pearson Education, 2002, 231 ss., e A. ZUCKERMAN, *The principles of criminal evidence*, Clarendon Press, 1989, 179 ss.

⁴⁵ MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da prova...», *cit.*, 1412, de onde retirámos as frases entre comas e a quem pedimos emprestado o exemplo que a seguir se indica em texto.

relativas — enunciados factuais que só podem ser introduzidos no processo através de um meio de prova específico imposto por lei ⁽⁴⁶⁾.

É o que sucede, por exemplo, no artigo 151.º, a propósito da perícia. Ao estabelecer que esta prova «tem lugar quando a percepção dos factos exigir especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos», o legislador não está apenas a delimitar os casos em que é admissível a produção da prova pericial ⁽⁴⁷⁾ — a norma impõe, ao mesmo tempo, que *essa* prova (e não outra) seja produzida quando estiverem em causa esse tipo de conhecimentos. Em face de um enunciado factual que requer, para cabal esclarecimento, o domínio de especiais saberes de natureza técnica, científica ou artística (*v. gr.*, a verificação de uma inimputabilidade por anomalia psíquica ou a determinação do grau de perigosidade do arguido), resulta do artigo 151.º que «*a prova pericial não é facultativa, mas obrigatória*» ⁽⁴⁸⁾. O tribunal não pode, pois, bastar-se aqui com a apresentação de documentos ou com a prestação de testemunhos.

O mesmo se diga a respeito da prova por reconhecimento (de pessoas). Usando as palavras da lei, «quando houver necessidade de proceder ao reconhecimento de qualquer pessoa» (art. 147.º, n.º 1) — circunstância esta que, como se adverte em alguns arestos jurisprudenciais, pode não existir ⁽⁴⁹⁾ — há concomitantemente o dever de produzir a prova

⁴⁶ Por todos e em síntese, K.-H. GÖSSEL, «As proibições de prova...», *cit.*, 399.

⁴⁷ Pode dizer-se que a norma estabelece um requisito *especial* de necessidade para a admissibilidade da prova pericial: a prova pericial só tem lugar quando o tribunal não possa comprovar os factos através dos seus próprios *meios de conhecimento*. Um requisito especial de admissibilidade que é justificado em razão do valor reforçado deste meio de prova. «O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador» (art. 163.º, n.º 1), que fica onerado com um especial dever de fundamentação no caso de a sua convicção «divergir do juízo contido no parecer dos peritos» (art. 163.º, n.º 2). Para justificar racionalmente esta restrição à livre convicção do julgador, que a legislação erigiu em princípio fundamental na valoração da prova (art. 127.º), é necessário que a demonstração probatória dos concretos enunciados factuais requeira, efectivamente, conhecimentos especializados em determinado domínio do saber, que não estejam ao alcance de qualquer indivíduo de sã consciência e formação. Assim, para que a prova pericial seja admitida no processo não basta, julgamos nós, a verificação dos critérios gerais de *relevância* que o artigo 340.º enuncia; estamos aqui perante uma exigência *adicional*, sucessiva a um primeiro juízo sobre a admissibilidade. Na apreciação dos factos que implicam esse tipo especializado de juízos, o órgão judicante está sempre vinculado pelas leis científicas, pelas normas técnicas ou pelas *legis artis* da área do saber em causa — tanto quando aceita o juízo contido no relatório pericial, como na fundamentação da divergência entre aquele parecer e a sua própria convicção (evidentemente suportada noutra relatório pericial ou em especiais conhecimentos no domínio em causa).

⁴⁸ Acórdão do STJ de 9 de Maio de 1990, publicado em <http://www.dgsi.pt>.

⁴⁹ Reiterando aquele que tem sido o entendimento comum nesta matéria, o Acórdão do TRP de 17 de Março de 2010, disponível em <http://www.dgsi.pt>, sintetiza: «*A prova por reconhecimento só tem lugar quando surgem dúvidas em relação à individualização de uma determinada pessoa (...); e a regulamentação minuciosa a que obedece é determinada pelo melindre e pela importância que o acto tem no desenvolvimento do processo, visando assegurar a fidedignidade da reconstrução mnemónica*». Não está cumprido o requisito da *necessidade* para a admissibilidade deste meio de prova quando o arguido é sobejamente conhecido da pessoa que devia fazer a identificação e é apenas desconhecido o seu nome completo ou demais elementos de identificação (p. ex., sabe-se apenas a alcunha). Nestes casos, o reconhecimento revelar-se-á de escassa valia

prescrita no artigo 147.º, por ser essa e não qualquer outra do catálogo legal (como o testemunho ou as declarações do assistente ou das partes civis) que o legislador considerou como a mais idónea ao esclarecimento desse concreto tipo de enunciado.

Noutra direcção, mas pelas mesmas razões de “*não fungibilidade*” de formas probatórias, o intérprete também não pode socorrer-se de um meio de prova tipificado pelo legislador sem que se verifique o requisito da sua *necessidade*, para dessa forma ínvia obter um resultado probatório expressamente vedado por outras normas legais. *Verbi gratia*, pelas normas dos artigos 356.º e 357.º que, proibindo a leitura de declarações prestadas em fases anteriores à audiência, dão corpo à ideia de imediação material e asseguram a efectividade do direito ao silêncio.

Não é, assim, legítimo considerar e valorar como autêntica reconstituição do facto — meio de prova tipificado e regulado no artigo 150.º — uma diligência de “demonstração presencial” que se reconduza e esgote nas declarações auto-incriminatórias do arguido ou no depoimento de outros participantes processuais. Em especial se uma tal diligência tiver sido pré-ordenada exactamente a conservar tais declarações ou depoimentos e a reproduzi-los depois em audiência por meio da leitura dos autos, da visualização ou audição das gravações ou da inquirição de testemunhas, subtraindo-as ao respeito pelos pressupostos estritos dos artigos 356.º e 357.º. E isto por duas ordens de razões, intimamente conexas.

Desde logo, porque a reconstituição não poderá servir finalidade distinta da que o legislador erigiu a pressuposto da *necessidade* deste concreto meio de prova: verificar empiricamente, confirmando-a ou infirmando-a, determinada hipótese sobre os factos ou, nos dizeres da lei, «determinar se um facto *poderia ter ocorrido de certa forma*»⁽⁵⁰⁾. Não parece, pois, consentâneo com a fisionomia do sistema recorrer à reconstituição apenas com o fito de materializar e objectivar a confissão do arguido ou as declarações de outros sujeitos

probatória mesmo que se suscitem quaisquer dúvidas sobre a correcção da indicação feita pela testemunha, já que a probabilidade de um falso positivo é irremovível quando o sujeito activo da identificação está convicto (ainda que em erro) de que sabe efectivamente quem é a pessoa a identificar.

⁵⁰ Diferentemente dos demais meios de prova, a reconstituição «não tem por finalidade a comprovação de um facto histórico, mas antes verificar se um facto histórico poderia ter ocorrido nas condições em que se afirma ou supõe a sua ocorrência» (G. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal II, cit.*, 214). Não tem ainda assim um valor despiciendo, já que pode referir-se a uma multiplicidade de circunstâncias fácticas relevantes para a decisão. Quer aos chamados enunciados factuais *principais*, atinentes aos pressupostos típicos da infracção criminal ou à sua imputação ao agente (p. ex., com a finalidade de esclarecer se, da posição em que se encontrava, o arguido poderia ter atingido a vítima). Quer aos enunciados factuais *subsidiários* ou *auxiliares*, respeitantes à fiabilidade de uma fonte probatória (se uma testemunha poderia ter presenciado os factos ou reconhecido o arguido à distância e do local em que se encontraria ou em determinadas condições de luminosidade, etc.).

processuais sobre a *efectiva ocorrência do facto probando*, para desse modo prevenir eventuais alterações da estratégia defensiva ou do sentido das declarações em audiência ⁽⁵¹⁾ ⁽⁵²⁾.

A segunda razão, directamente interligada com esta, prende-se com a necessidade de evitar que a disciplina probatória legal se converta de forma paulatina num esquema flexível, que ao intérprete é permitido manipular em função das concretas necessidades de descoberta dos factos históricos. Nesta linha, julgamos que a uma mera diligência de “encenação de declarações” (confessórias ou não), destinada a conservar e utilizar tal património cognoscitivo em fases posteriores da tramitação, não poderá ser atribuído valor como meio de prova *autónomo* e distinto do testemunho ou das declarações do arguido, do assistente ou das partes civis que o compõem — ainda surja encoberta ou disfarçada sob o epíteto de uma «*reconstituição do facto*». Encontra-se, por isso, sujeita aos limites plasmados nos artigos 356.º e 357.º para a leitura e valoração de tais declarações em audiência (e para a inquirição de testemunhas sobre o conteúdo das declarações recolhidas — art. 356.º, n.º 7) ⁽⁵³⁾.

⁵¹ Neste sentido, EURICO DUARTE, «Making of — a reconstituição do facto no processo penal português», in *Prova criminal e direito de defesa. Estudos sobre a teoria da prova e garantias de defesa em processo penal*, Livraria Almedina, 2010, 11 ss. (esp. 55-67), muito crítico desta forma de “engenharia da prova”. Para a posição oposta à sufragada em texto, cf. LEAL HENRIQUES/SIMAS SANTOS, *Código de Processo Penal anotado*, 3.ª ed., Lisboa, 2008, 1030, que colhe o aplauso dos Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, *Código de Processo Penal...*, cit., 400: «Quando a reconstituição é realizada com a colaboração do arguido é de todo aconselhável que este se mostre já acompanhado do defensor (...). E isto é tão mais importante porquanto tendo este meio de prova a virtualidade de materializar e objectivar o acontecimento histórico (levando em consideração também contributos do próprio arguido), o mesmo poderá ser utilizado em sede de audiência de discussão e julgamento» (itálico nosso). Esta é, aliás, a posição claramente maioritária na jurisprudência nacional.

⁵² Dito isto, não somos insensíveis às dificuldades experimentadas em certas investigações criminais que, sustentando-se na confissão obtida no inquérito ou na instrução, se esboroam perante a radical mudança de estratégia processual e o absoluto silêncio do arguido em audiência. Pensemos, p. ex., nas declarações confessórias prestadas pelo arguido advertido do seu direito ao silêncio, no primeiro interrogatório judicial, perante juiz de instrução e na presença do defensor escolhido, as quais não podem *de iure constituto* ser lidas em audiência, nem valoradas pelo tribunal se o arguido se remeter ao silêncio (art. 355.º e art. 357.º, n.º 1, al. b), *a contrario*). Parece-nos óbvio, todavia, que estas dificuldades não legitimam a *fraude à lei* — embora possam justificar a sua pontual modificação, *v. gr.* no sentido do eventual alargamento das hipóteses de leitura consentida de autos anteriores à audiência. Esta linha de evolução é, aliás, potenciada pela recente extensão da publicidade e do contraditório ao inquérito, com a conseqüente (e perniciosa) deslocação da sede de produção probatória para os momentos iniciais da tramitação e a redução da audiência a (pouco mais do que) um *bis in idem* das fases anteriores. Nos quadros de um tal sistema, adverte F. Cordero em tom crítico, a ideia de que os elementos recolhidos durante o inquérito «não constituem verdadeiras provas, mas simples indicações de uma futura possibilidade probatória» (aptas a sustentar o juízo indiciário da acusação), emerge como pouco mais do que artificiosa, tornando «pouco convincente o *distinguo*» entre os elementos obtidos na fase de investigação e as autênticas provas que irrompem da audiência de julgamento (F. CORDERO, «Linee di un processo di parti», in *Ideologie del processo penale*, Giuffrè Editore, 1966, 173 ss).

⁵³ Uma vez mais, afastamo-nos daquele que parece ser o entendimento dominante dos nossos tribunais superiores, de que nos dá conta exemplarmente o Acórdão do TRP de 10 de Setembro de 2008 (disponível em <http://www.dgsi.pt>): «O que os arguidos declararam, ou melhor, informaram, naquelas diligências (...) constitui um meio de prova autónomo, com valor próprio e não proibido em sede de audiência» (itálico nosso). E que encontrou já suporte no Acórdão do STJ de 5 de Janeiro de 2005 (a propósito do mediático “Caso Joana”): «os órgãos de polícia criminal que tenham acompanhado a reconstituição podem prestar

Parece ter sido, aliás, a intenção de obstar ao aproveitamento probatório das declarações prestadas aquando da reconstituição pelo arguido que em audiência se mantém em silêncio o referente inspirador do aditamento do actual n.º 8 ao artigo 356.º (aplicável às declarações do arguido por remissão do art. 357.º, n.º 2) ⁽⁵⁴⁾. Destarte, passou a estar expressamente sujeita aos limites fixados nos artigos 356.º e 357.º para a leitura dos autos a visualização ou audição de reconstituições registadas em momento anterior à audiência, desde que neles se contenham declarações de quaisquer pessoas.

Em nossa opinião, todavia, reduzir-se-ia a complexidade do problema com a simples recondução deste meio de prova à sua finalidade normativa e epistemológica — que é a de controlar experimentalmente a verosimilhança de determinada “descrição” factual, através da «reprodução, tão fiel quanto possível, das condições em que se afirma ou se supõe ter ocorrido o facto e [d]a repetição do modo de realização do mesmo» (art. 150.º, n.º 1). Entendida assim a reconstituição, um eventual resultado *positivo* significará apenas que a hipótese testada é plausível ou verosímil, deixando em aberto a questão de saber se factos ocorreram da forma pressuposta — poderia *em geral* ter sido assim, mas foi-o realmente *no caso a julgar?*. Pelo contrário, se o resultado for *negativo*, então aquela “descrição” fáctica fica em definitivo afastada — os factos não poderiam de todo ter ocorrido daquela forma ⁽⁵⁵⁾. Perdem assim relevância *capital* quer a colaboração do arguido na realização da reconstituição, quer as indicações que o mesmo possa eventualmente facultar no seu decurso. Porque seja qual for a natureza ou amplitude dessa colaboração, os resultados da reconstituição poderão tão-só autorizar inferências sobre a *abstracta* possibilidade de as coisas terem acontecido do modo descrito na acusação, sem que possam ser valorados como elementos de convicção para sustentar de per si aquele enunciado sobre os factos. A passagem entre a *abstracta* verosimilhança da hipótese acusatória e a sua efectiva comprovação no caso *sub judice* pressupõe a existência nos autos de “outras” provas, não

declarações sobre o modo e os termos em que decorreu; tais declarações referem-se a elementos que ganham autonomia, e como tal diversos das declarações do arguido ou outros intervenientes no acto, não estando abrangidas na proibição do artigo 356.º, n.º 7». Expressão da corrente minoritária de sentido oposto é o Acórdão do STJ de 3 de Outubro de 2002 (publicado em <http://www.dgsi.pt>), onde se repudia a valoração de tal “meio de prova” com o argumento de que «o auto é, na sua essência, um auto de declarações do arguido, mais precisamente um acto confessório».

⁵⁴ Esta a opinião de P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal...*, cit., 426-7: «O legislador teve o propósito claro de pôr cobro a situações de violação do *direito ao silêncio* e do *princípio da imediação* conhecidas nos tribunais, em que se aproveitava o registo audiovisual do depoimento de um arguido feito durante uma reconstituição apesar de ele ter recusado prestar declarações no julgamento (...)» (itálico nosso).

⁵⁵ Por isso se afirma, com inteira razão, que as experiências negativas são as mais úteis (cf. F. CORDERO, *Procedura Penale*, cit., 778) — permitem excluir, sem necessidade de indagações suplementares, determinada versão sobre os factos, enquanto as experiências positivas não dispensam a confirmação pelo acervo probatório recolhido no processo.

recondutíveis à reconstituição ou às declarações que as tenham suportado, tendentes a estabelecer a veracidade da imputação *beyond any reasonable doubt*.

b) As provas proibidas

1. O princípio da legalidade da prova, consagrado no artigo 125.º, reconduz-nos directamente ao problema e à disciplina das *proibições de prova* — «a norma pressupõe que existam ou possam existir meios de prova proibidos e proíbe que esses meios de prova possam ser utilizados no processo penal»⁽⁵⁶⁾

Um problema de que se ocupou *directamente* o legislador constitucional ao incluir, entre as várias garantias do processo criminal, as referentes à prova dos factos jurídico-criminais relevantes (cf. art. 32.º, n.º 8, da CRP)⁽⁵⁷⁾. Na disciplina desta matéria, «o legislador constituinte não se limitou, com efeito, a propor os valores e definir as balizas a que a que deveria obedecer a configuração do processo penal, em definitivo acometida ao legislador ordinário»⁽⁵⁸⁾. Em vez de delinear apenas o horizonte político-criminal e axiológico das normas ordinárias, o legislador constitucional optou por definir, desde logo, os princípios materiais reitores do processo (a chamada “*constituição processual criminal*”), chamando a si a conformação normativa e directa dos aspectos mais decisivos da tramitação, em que avulta com particular destaque a disciplina dos métodos proibidos de prova. Entendido como concretização do programa constitucional de tutela dos direitos fundamentais, o n.º 8 do artigo 32.º constitui a pedra angular da disciplina dos métodos probatórios proibidos, sob a prescrição de que «são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações»⁽⁵⁹⁾.

Na discussão sobre os fundamentos axiológicos e político-criminais desta norma, em que se sustenta todo o edifício normativo das proibições de prova, é possível discernir três tópicos fundamentais.

⁵⁶ G. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal II, cit.*, 136.

⁵⁷ Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, «*Agent provocateur* e meios enganosos de prova. Algumas reflexões», *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003, 1213.

⁵⁸ COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, *cit.*, 12.

⁵⁹ A Constituição é, aliás, referenciada como a primeira e mais consistente fonte de definição das proibições de prova. Opinião defendida por COSTA ANDRADE, *Sobre a valoração como meio de prova em processo penal das gravações produzidas por particulares*, Coimbra Editora, 1997, 19, com indicações de outros quadrantes jurídicos.

Desde logo, projecta-se neste regime jurídico a *tutela da inviolabilidade dos direitos fundamentais* contra o interesse da investigação e perseguição penal. Entre os direitos protegidos pelas proibições constitucionais em matéria de prova encontram-se não só a integridade física e moral, a intimidade da vida privada e familiar, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo da correspondência e das comunicações, como ainda outros que a experiência constitucional vem autonomizando a partir da ideia de dignidade da pessoa (a imagem, a palavra e, mais recentemente, a auto-determinação informacional). Não sem razão se afirma que o postulado da *dignidade humana* (art. 1.º da CRP) e o direito à *integridade pessoal* (art. 25.º da CRP), de que são refração e concretização os direitos fundamentais, configuram afinal a verdadeira matriz axiológica e material do artigo 32.º, n.º 8 da CRP (60).

Na tutela conferida a estes direitos fundamentais enquanto *limitações* à prova radicam antes de mais a posição e o estatuto do arguido como sujeito processual — pela natureza das coisas, é do lado do arguido que as intromissões lesivas são mais prováveis (embora não seja ele, como veremos, o único *beneficiário* das proibições de prova). O étimo comum de muitos dos métodos de prova proscritos pelo legislador reconduz-se à ideia de que a “utilização” do arguido como meio de prova deverá ser «sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade (...): só no exercício de uma plena liberdade de vontade pode o arguido decidir-se *se e como* deseja tomar posição perante a matéria que constitui objecto do processo» (61). A *liberdade de declaração* reconhecida ao arguido, expressão do seu estatuto de sujeito no processo, apresenta-se, assim, como um dos traços mais salientes do modelo acusatório e a mais intransponível barreira à

⁶⁰ É este o entendimento de COSTA ANDRADE, *Sobre a valoração...*, cit., 5, acolhido também por SUSANA AIRES DE SOUSA, «Agent provocateur...», cit., 1213. Particularmente incisivo na explicitação desta ideia, CONDE CORREIA, «A distinção entre prova proibida...», cit., 178-9, apoda de «algo pleonástica» a norma do artigo 32.º, n.º 8, da CRP, quando confrontada com o «amplo catálogo de direitos fundamentais, concretizadores da ideia de dignidade humana», consagrado nas normas constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias.

⁶¹ FIGUEIREDO DIAS, «Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal», in *Jornadas de Direito processual penal. O novo Código de Processo Penal*, Livraria Almedina, 1988, 27-8. Esta asserção não suscita quaisquer dúvidas quando referida à prestação de declarações (ou à sua leitura). Maiores dificuldades levantam, v. gr., os problemas da (in)admissibilidade de reconhecimentos e exames médicos compulsivos, ponto crítico de conflito entre o interesse de realização da justiça e a garantia contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*). No âmbito do sistema anglo-americano, tem sido sublinhado que o *privilege against self incrimination*, consagrado na V Emenda, veda as formas coactivas dirigidas à obtenção de *declarações* (quer tenham *vocal form* quer outro tipo de comunicação), mas não proíbe que a pessoa possa ser compelida a servir ela mesma de fonte de prova, desde que a sua participação se confine à mera presença física. Para uma alusão sucinta a estas dúvidas, MEDINA DE SEIÇA, «Legalidade da prova...», cit., 1418-9, n. 92, e referindo-se ao direito alemão, COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, cit., 129-32.

descoberta da verdade material e à perseguição criminal. Em especial, se considerarmos a sua vertente *negativa*, enquanto autêntico direito de defesa (*Abwehrrecht*) contra o Estado, «vedando todas as tentativas de obtenção, por meios enganosos ou por coacção, de declarações auto-incriminatórias. É precisamente nesta (...) dimensão, associada ao brocardo *nemo tenetur se ipsum accusare* (ou *prodere*) (...) que a liberdade de declaração do arguido assume mais directa relevância em matéria de proibições de prova» ⁽⁶²⁾ — assim, a proscrição da tortura, da narcoanálise, da hipnose, etc.

Paralelamente, o substrato da proibição de determinados meios de prova pode ainda encontrar-se numa ideia de *preservação da integridade moral ou axiológica do Estado*, vale dizer, da sua superioridade ética (Eb. Schmidt) ou das suas mãos limpas (Radbruch) na veste de promotor da justiça penal. Embora a obtenção de provas e o esclarecimento dos crimes assumam no Estado-de-Direito o mais alto significado, as instâncias de perseguição criminal não podem responder à criminalidade com as mesmas armas de que se servem os delinquentes na prossecução dos seus objectivos. Isto é, não podem admitir-se como *válidos* na “luta” contra o crime todos os mecanismos preventivos e repressivos que se comprovem *eficazes*. Pelo contrário, a confiança comunitária nas normas implica que a máxima eficácia da justiça criminal não comprometa a distanciação moral do Estado e a sua irrestritível *lealdade* na realização do *ius puniendi* ⁽⁶³⁾ — o que torna compreensível, *v. gr.*, a proscrição total de meios enganosos (entre eles, *p. ex.*, os “agentes provocadores” —

⁶² COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova ...*, *cit.*, 121. Não deixam de cair na alçada do artigo 32.º, n.º 8, da CRP, os «meios de prova que representem grave limitação da liberdade de formação e manifestação da vontade do arguido, transformando este em meio de prova contra si mesmo» (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada* I, 4.ª ed. revista, Coimbra Editora, 2007, 524). A utilização de métodos de interrogatório que prejudiquem a livre formação e a manifestação da vontade determinará, então, a “nulidade” das provas obtidas, não podendo as declarações do arguido ser atendidas na sentença se existir uma dupla relação causal entre a lesão e a formação da vontade, por um lado, e a lesão e a declaração, por outro. «O mesmo é dizer, o método de interrogatório proibido há-de ser causa determinante da lesão na formação da vontade e afectar (pelo menos provavelmente) a declaração ou exteriorização da mesma» (ELLEN SCHLÜCHTER, *Derecho procesal penal*, *cit.*, 48).

⁶³ Cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, *cit.*, 73, fazendo-se ainda eco das palavras de Hassemer, para quem deve sempre subsistir «uma diferença ética entre a perseguição do crime e o próprio crime», sob pena de a sentença perder a idoneidade para sustentar valores ético-jurídicos, finalidade que integra, afinal, o seu inestimável escopo de prevenção geral. Entre nós, é usual exprimir esta ideia sob a epígrafe «princípio da lealdade», um princípio que «não é produto de lucubrações exotéricas de juristas teóricos divorciados da vida, mas concretíssima exigência democrática de todo o cidadão que vive perto das coisas» (FIGUEIREDO DIAS, «Do princípio da “objectividade” ao princípio da “lealdade” do comportamento do Ministério Público no processo penal», *RLJ*, ano 128 (1995), 352). Para o conteúdo deste princípio processual, cf. também G. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal* I, 4.ª ed., Editorial Verbo, 2000, 66 ss.

art. 126.º, n.º 2, al. a), parte final ⁽⁶⁴⁾) e os particulares escrúpulos normativos colocadas à admissibilidade de métodos ocultos de investigação (escutas telefónicas, interceptação de comunicações electrónicas, agentes encobertos, videovigilância, utilização de câmaras e ou microfones escondidos, localização por captação de sinal de *GPS* ou antena de telemóvel, etc.) ⁽⁶⁵⁾. Neste sentido, a densa malha normativa das proibições de prova não protege apenas o titular dos direitos fundamentais atingidos mas a própria credibilidade, reputação e imagem de um processo penal com as credenciais do Estado-de-Direito ⁽⁶⁶⁾.

Não são também estranhas à disciplina dos métodos proibidos de prova *considerações epistemológicas de veracidade do processo de determinação dos factos*, que se traduzem em afastar *ex ante* do horizonte do tribunal todas as provas marcadas com o estigma da “dúvida”, assegurando a fiabilidade ou validade racional das informações obtidas e circunscrevendo preventivamente o eventual risco de erro em sede de valoração. É o que sucede, como vimos, a respeito do reconhecimento de pessoas, já que a identificação feita com desvio da forma legal «não tem valor como meio de prova (art. 147.º, n.º 7), excluindo-se a possibilidade de o julgador fundar o seu convencimento numa

⁶⁴ Na categoria difusa dos *meios enganosos*, expressamente levados à constelação dos métodos proibidos de prova, incluem-se, a par da utilização de agentes provocadores, situações tão diversificadas e heterogéneas como: informar falsamente o arguido da existência de provas avassaladoras contra si, sem que as mesmas existam (p. ex., comunicar-lhe que um seu cúmplice confessou; que há testemunhas presenciais do evento; que na cena do crime foram encontradas as suas impressões digitais; que existem gravações de conversas suas que o comprometem); utilizar imitadores para produzir gravações que simulam a voz do arguido, de um participante ou de uma pessoa muito próxima; dizer, sem ser verdade, que o inquiridor não tem intenção de valorar as declarações prejudiciais ao acusado; fazer crer ao indivíduo (arguido) que está sujeito a um dever de declarar ou a um dever de verdade; que o silêncio pode ser valorado como implícita confissão de culpa; que o facto em investigação não é criminalmente punido. Esta catalogação pode ver-se em COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições...*, *cit.*, 236-7, e SUSANA AIRES DE SOUSA, «Agent provocateur...», *cit.*, 1220-1.

⁶⁵ Para um elenco dos métodos de investigação oculta, COSTA ANDRADE, «“Bruscamente no verão passado”...», *cit.*, 277 ss., caracterizando-os como meios de obtenção de prova que «representam uma intromissão nos processos de acção, interacção e comunicação das pessoas concretamente visadas, sem que estas tenham conhecimento do facto nem dele se apercebam», continuando, por causa disso, «a agir, interagir, a expressar-se e a comunicar de forma “inocente”, fazendo ou dizendo coisas de sentido claramente auto-incriminatório» (*op. loc. cit.*, 277).

⁶⁶ Cf. SUSANA AIRES DE SOUSA, «Agent provocateur...», *cit.*, 1212. Esta ideia revela-se, aliás, concordante com a autonomização de uma específica *dimensão objectiva* aos direitos constitucionalmente garantidos: estas não se limitam a atribuir posições jurídicas subjectivadas aos indivíduos, antes configuram igualmente decisões valorativas da comunidade, que se projectam para além daquela subjectivação como bases ordenadoras da vida social. Na base da tese da *dupla natureza* ou *dupla dimensão* dos direitos fundamentais, a que agora nos referimos, está o postulado de que os direitos fundamentais, primariamente pensados como direitos das pessoas em face do Estado, integram e exprimem uma «ordem de valores objectiva» (*objektives Wertordnung*) ou um «sistema de valores» (*Wertsystem*), dotado de eficácia legitimadora de todo o sistema jurídico. Em síntese sobre os reflexos no processo penal da tese da *pluridimensionalidade* dos direitos fundamentais, cf. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *A protecção de testemunhas...*, *cit.*, 39 ss., com amplas indicações bibliográficas.

prova que não atinge patamares mínimos de racionalidade e controlo (⁶⁷). O outro exemplo é o da *exclusão* do valor probatório das declarações de um co-arguido em prejuízo de outros casos em que o declarante se exima à prestação de esclarecimentos ou ao contraditório, assim prejudicando a verificação da atendibilidade racional das informações prestadas (art. 345.º, n.º 4). Embora sem justificar uma proibição total de valoração, a disciplina dos testemunhos anónimos é também reflexo deste último fundamento (art. 19.º, n.º 2, da Lei n.º 93/99, de 14 de Julho): a exigência de corroboração significa uma *atenuação* do valor probatório desta classe de depoimentos, justificada pelas maiores dificuldades na fiscalização e controlo da parcela de informação correspondente (⁶⁸).

2. No diálogo de referências ético-jurídicas que sempre se estabelece entre o direito constitucional e o processo penal (⁶⁹), o legislador ordinário concretizou no artigo 126.º a “nulidade” dos métodos de produção de prova a que se refere o n.º 8 do artigo 32.º da CRP.

Perguntando pelos antecedentes históricos da norma no plano do direito interno, somos conduzidos ao artigo 261.º do CPP de 1929, referente a meios de prova proibidos no interrogatório do arguido, sobretudo após a nova redacção que lhe foi dada pelo Dec.-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro (⁷⁰).

⁶⁷ Esta preocupação é sublinhada, de forma muito nítida, pelo Tribunal Constitucional: dados «os perigos que a sua utilização encerra, um reconhecimento tem necessariamente que obedecer, para que possa valer como meio de prova em sede de julgamento, a um mínimo de regras que assegurem a sua autenticidade e a fiabilidade do acto (Acórdão do TC n.º 137/2001, de 28 de Março, publicado no *Diário da República*, II Série, de 29 de Junho de 2001.

⁶⁸ Desconhecendo o arguido a identidade da testemunha e, por isso, a sua personalidade, inteligência, memória e teia de interesses, dificilmente poderá exercer um *contraditório* eficaz sobre a credibilidade do declarante. Este controlo é ainda dificultado pela (natural) utilização de meios tecnológicos de inquirição à distância com distorção visual e sonora (art. 19.º, n.º 1, da Lei n.º 93/99). Sobre o valor probatório dos testemunhos anónimos, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *A protecção de testemunhas...*, cit., 313 ss.

⁶⁹ Não apenas porque as normas constitucionais são «o referente normativo inarredável para a compreensão e delimitação de um qualquer outro direito» (FARIA COSTA, *O perigo em Direito penal*, Coimbra Editora, 1992, 189), mas sobretudo pela especial imbricação entre estes dois ordenamentos, a ponto de «a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente» (FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal*, cit., 35). É nesse sentido que, sem pretender apagar a autonomia entre os dois ramos do direito, se tem dito do processo penal ser “direito constitucional aplicado” (Henkel).

⁷⁰ Era a seguinte a redacção do artigo 261.º do CPP de 1929 (na versão introduzida por aquele decreto-lei): «1. É proibido a qualquer entidade ou pessoa participante no processo penal: a) perturbar a liberdade de vontade ou de decisão do arguido através de maus tratos, ofensas corporais, administração de meios de qualquer natureza, hipnose ou utilização de meios cruéis ou enganosos; b) perturbar a capacidade de memória e de avaliação do arguido; c) utilizar a força contra o arguido, fora dos casos e dos limites expressamente permitidos pela lei; d) ameaçar o arguido com medida legalmente inadmissível ou prometer-lhe qualquer vantagem não prevista na lei. 2. O consentimento do arguido não afecta as proibições estabelecidas no número anterior. De igual modo, não podem as declarações tomadas com violação daquelas proibições ser apreciadas pelo tribunal ou pelo juiz de instrução, mesmo que nisso o arguido consinta».

Numa perspectiva de direito comparado, somos ainda tentados a encontrar eloquentes paralelismos no § 136 a da *StPO*, norma esta que, dirigida aos órgãos de perseguição criminal (e aos particulares que intervêm sob a sua orientação), proíbe um conjunto de técnicas ou métodos de interrogatório do arguido (*Beschuldigte*) violadores da sua integridade física e moral ⁽⁷¹⁾.

No confronto com os seus antecedentes históricos e comparativos, o artigo 126.º emerge como uma regulamentação mais completa e esgotante, na medida em que: (1) ao contrário do que sucedia no direito anterior e acontece ainda na legislação tedesca, a norma não se refere em especial ao “interrogatório” para assumir uma valência alargada a todos os momentos do processo penal; (2) o círculo de beneficiários da norma inclui, a par do arguido a quem primariamente se dirige, todos os outros participantes processuais (*v. gr.*, testemunhas, peritos, assistente) ⁽⁷²⁾; e (3) entre os destinatários das proibições na escolha dos métodos probatórios contam-se também os particulares e não apenas os agentes das instâncias formais de controlo e terceiros que intervêm sob a sua supervisão ⁽⁷³⁾.

Não cabe na economia deste estudo discutir toda a problemática das proibições de prova — pelas suas extensas implicações e complexas ramificações, o tema exigiria uma análise necessariamente ampla e muito demorada ⁽⁷⁴⁾. Julgamos importante, ainda assim, ensaiar algumas notas conceptuais muito breves.

⁷¹ Não existem, aliás, diferenças de redacção significativas entre o pretérito artigo 261.º do CPP de 1929 e o actual § 136 a *StPO*, onde, sob a epígrafe «Métodos de interrogatório proibidos», se dispõe: «I. (1) A liberdade de vontade e de decisão do arguido não pode ser perturbada através de maus tratos, fadiga, agressões corporais, administração de drogas, tortura, engano ou hipnose. (2) A força só pode ser usada nos casos em que o permitir o direito processual penal. (3) É proibida a ameaça de uma medida legalmente inadmissível e a promessa de um benefício não previsto por lei. II. Não são permitidas medidas que perturbem a memória ou a capacidade de avaliação do arguido. III. (1) A proibição dos parágrafos 1 e 2 é aplicável independentemente do consentimento do acusado. (2) As declarações que sejam produzidas em violação desta proibição não devem também ser valoradas, ainda que o arguido consinta na sua utilização».

⁷² Não obstante a maior completude da normação nacional quando comprada com o seu correspondente germânico, devemos assinalar que, em virtude da remissão expressa dos §§ 69 III e 72 da *StPO*, a proibição é também aplicável, com as necessárias adaptações, ao interrogatório de testemunhas e peritos.

⁷³ Numa comparação sucinta das duas normas, cf. COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, *cit.*, 197, 212-3, e ainda P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário ao Código de Processo Penal...*, *cit.*, 325.

⁷⁴ Para uma análise mais circunstanciada do tema, *vide*, na doutrina portuguesa, FIGUEIREDO DIAS, *Direito processual penal I*, Coimbra Editora, 1974, 452 ss., COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, *cit.*, *passim*, G. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal II*, *cit.*, 138 ss., SOUSA MENDES, «As proibições de prova no processo penal», in *Jornadas de Direito processual penal e Direitos fundamentais*, Livraria Almedina, 2004, 133 ss., CONDE CORREIA, «A distinção entre prova proibida...», *cit.*, 175 ss., HELENA MORÃO, «O efeito-à-distância das proibições de prova no direito processual penal português», *RPCC* (2006), 575 ss., e, mais recentemente, MARTINS DE OLIVEIRA, «Da autonomia do regime das proibições de prova», in *Prova criminal e direito de defesa*, Livraria Almedina, 2010, 257 ss., e BÉRTOLO ROSA, «Consequências processuais das proibições de prova», *RPCC* (2010), 219 ss.

Partindo da exegese da regra constitucional, é possível autonomizar no espectro de análise duas espécies diferenciadas de provas proibidas, consoante a natureza dos direitos fundamentais em causa. Na primeira parte da norma, estabelece-se *sem mais* a nulidade de *todas* as provas obtidas à custa de «tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa» (art. 32.º, n.º 8, 1.ª parte, da CRP). Na segunda parte, alude-se às provas obtidas com «intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações», que se contra-distinguem das primeiras pela circunstância de, em relação a elas, a interdição só existir se a intromissão se revelar “abusiva” (art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte, da CRP) — uma asserção que é, aliás, corroborada pelo teor dos artigos 26.º e 34.º da CRP ⁽⁷⁵⁾.

É decisiva, nesta preliminar diferenciação, «a circunstância de a qualificação *abusiva* aparecer apenas a circunscrever a área de tutela constitucional dos bens jurídicos relativos à privacidade, domicílio, correspondência e comunicações. O que denota a intencionalidade de cometer ao legislador ordinário a demarcação das formas de intromissão não abusivas e, conseqüentemente, a definição do seu estatuto jurídico, nomeadamente processual penal» ⁽⁷⁶⁾. De facto, no que respeita ao sacrifício da integridade física ou moral a interdição constitucional caracteriza-se por não abrir espaços de livre conformação ao legislador ordinário — é, *hoc sensu*, uma interdição absoluta. Nos demais casos a interdição é relativa, porquanto supõe essa margem de livre conformação legal, «devendo ter-se por *abusiva* a intromissão quando efectuada fora dos casos previstos na lei e sem intervenção judicial (art. 34.º, n.ºs 2 e 4, da CRP), quando desnecessária ou desproporcionada ou quando aniquiladora dos próprios direitos (cf. art. 18.º, n.ºs 2 e 3, da CRP)» ⁽⁷⁷⁾.

⁷⁵ Podemos então classificar como proibições *absolutas* as que se reportam à violação do direito à integridade pessoal (não há forma de as contornar) e como proibições *relativas* todas as demais (só valem se a restrição for abusiva), sem que desta diferenciação de regimes se pretenda extrair conseqüências ao nível do regime da invalidade de cada um dos tipos de proibição probatória. Assim, GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, cit., 524, e G. MARQUES DA SILVA, *Curso de processo penal II*, cit., 139-40. Referir-nos-emos a este ponto a seguir, em texto.

⁷⁶ COSTA ANDRADE, *Sobre a valoração...*, cit., 22.

⁷⁷ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...*, cit., 524. A fórmula “intromissão abusiva” tem, assim, o sentido de demarcar um campo, apesar de tudo significativamente amplo, no interior do qual o legislador ordinário poderá mover-se e admitir como provas válidas as informações obtidas com intromissão na privacidade, palavra, imagem, correspondência e telecomunicações, posto que a admissibilidade de tais provas não transcenda o âmbito constitucionalmente tolerado de restrição de tais direitos fundamentais. Por todos, neste sentido, COSTA ANDRADE, *Sobre a valoração...*, cit., 19 ss., e CONDE CORREIA, «Qual o significado da abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2.ª parte, da CRP)?», *Revista do Ministério Público [=RMP]*, n.º 70 (1999), 45 ss.

Sob pena de se justificar o reparo dos que censuram o farisaísmo classificatório destas teorizações, julgamos curial que em torno da diferenciação constitucional se construa uma dualidade de regimes. Uma dualidade que se exprime, desde logo, na *autorização constitucional expressa* concedida ao legislador ordinário para tipificar como válidos meios de aquisição probatória *prima facie* conflituantes com *alguns* daqueles direitos — como sucede, entre nós com as buscas domiciliárias e as escutas telefónicas, quando confrontadas com a inviolabilidade do domicílio e das comunicações (cf. art. 34.º, n.ºs 2 e 4, da CRP) (78). Para além disso, a assinalada diferenciação de regimes repercute-se também, por directa injunção constitucional (cf. art. 34.º, n.ºs 2 e 3, da CRP), na *relevância ou não do consentimento (prévio) do visado* como cláusula dirimente da ilicitude do método: «a par de métodos apenas proibidos quando obtidos *sem o consentimento* do titular (...) a lei leva a prescrição de outros a ponto de impor a sua invalidade mesmo quando obtidos *com o consentimento* do titular. Será assim sempre que estejam em causa métodos que contendam com a “integridade física ou moral” das pessoas» — pelo menos nos casos tipificados nas diversas alíneas do n.º 2 do artigo 126.º (79).

Dito isto importa sublinhar que a pretendida “dualidade” na disciplina legal não chega ao ponto de autorizar a previsão de distintos mecanismos de destruição das provas inquinadas — é a mesma, *no essencial*, a natureza da “*nullidade*” a que aludem os n.ºs 1 e 3 do artigo 126.º. E traduz-se na proibição de utilização do material obtido (*«não podendo*

⁷⁸ Não significa isto que o legislador ordinário não possa, em casos excepcionais e sob apertados pressupostos, restringir *outros* direitos, liberdades e garantias, neles se incluindo mesmo o direito à integridade física ou moral (ressalvadas, claro está, as proibições tipificadas do n.º 2 do artigo 126.º, em que se revêem os atentados mais drásticos à dignidade humana). É certo que o n.º 2 do artigo 18.º da CRP refere, na parte que ora importa considerar, que «a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias *nos casos expressamente previstos na Constituição*». Uma primeira leitura deste preceito poderia sugerir que seriam insusceptíveis de ser limitados os direitos fundamentais para os quais a Constituição não prevê expressamente a possibilidade de restrições legais (p. ex., o direito à integridade física, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada). No entanto, por apelo a uma multiplicidade de soluções doutrinárias e jurisprudenciais (“limites iminentes”, “limites constitucionais não escritos”, “limites intrínsecos”, “restrições implícitas”, “autorizações indirectas ou tácitas”), têm-se tornado pacífico, também entre nós, que a Constituição autoriza, *v. gr.*, a restrição dos direitos à integridade pessoal, à liberdade geral de acção ou à auto-determinação informacional, tendo em vista a prossecução das finalidades próprias do processo penal e respeitados as demais exigências constitucionais (reserva de lei, proporcionalidade da restrição, etc.). Por todos, sobre estas possibilidades, REIS NOVAIS, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra Editora, 2003, *passim*.

⁷⁹ COSTA ANDRADE, «Consenso e oportunidade (Reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo)», in *Jornadas de Direito processual penal. O novo Código de Processo Penal*, Livraria Almedina, 1995, 337. Especiais dificuldades suscita questão de saber se a ineficácia do consentimento vale apenas para os métodos absolutamente proibidos *tipificados* no n.º 2 do artigo 126.º ou, pelo contrário, se refere a todas as provas *em geral* ofensivas da integridade física e moral. Parece-nos que a resposta neste caso deverá ser idêntica à que se dá ao problema da auto-limitação legítima de direitos, ou seja, nas “proibições atípicas” o consentimento será relevante para excluir a “ilicitude” do método apenas quando fique preservado o núcleo essencial do direito em causa.

ser utilizadas»). Esta uma asserção que, tendo sido clarificada pela mão do legislador ordinário, se tornou agora (quase) unânime na doutrina e na jurisprudência nacionais ⁽⁸⁰⁾.

3. No regime geral das proibições de prova é ainda nota saliente a sua natureza *não taxativa* — «a aceitação de uma proibição de prova não depende da sua consagração legal expressa» ⁽⁸¹⁾.

De facto, o artigo 126.º não se apresenta como um catálogo fechado, tipificador de um *numerus clausus* de provas proibidas. Nem a respeito das *proibições absolutas*, que o n.º 2 daquela disposição densifica *exemplificando* os métodos proibidos que incorporam maior potencial de ofensividade, admitindo-se no entanto que, para além dessas, outras técnicas devam considerar-se proibidas por “*em geral*” ofenderem a integridade física ou

⁸⁰ Na versão originária do código, alguns sectores da doutrina e da jurisprudência distinguem, a propósito das proibições de prova, entre *nulidades absolutas*, insanáveis e de conhecimento officioso, de que seriam fulminadas as provas obtidas pelos processos referidos nos n.ºs 1 e 2 do artigo 126.º, e as *nulidades relativas*, dependentes de arguição e por isso sanáveis, de que estariam viciadas as provas alcançadas nos termos do n.º 3 da mesma disposição legal. Era apresentado como argumento para esta distinção o facto de o legislador apenas no n.º 1 utilizar a expressão «não podendo ser utilizadas», com o que pretendia remeter para a disciplina das nulidades insanáveis (art. 119.º). Para este entendimento, *vide*, na doutrina, apenas MAIA GONÇALVES, «Meios de Prova», in *Jornadas de Direito processual penal. O novo Código de Processo Penal*, Livraria Almedina, 1995, 195 (que parece, aliás, ter alterado a sua anterior posição em escrito recente, cf. IDEM, *Código de Processo Penal anotado*, 17.ª ed., Livraria Almedina, 2007, 304). Em sentido contrário, e a nosso ver preferível, COSTA PIMENTA, *Código de processo penal anotado*, Rei dos Livros, 1991, 378 ss., TERESA PIZARRO BELEZA, «“Tão amigos que nós éramos”». O valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português», *RMP*, n.º 74 (1998), 43 ss., e CONDE CORREIA, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Coimbra Editora, 1999, 156 ss., pronunciavam-se já no sentido de que não existiria qualquer distinção no que respeita ao mecanismo processual de destruição das provas proibidas, tratando-se a “nulidade” a que se referem as normas de uma figura “*atípica*”, própria do procedimento probatório, que se traduz na impossibilidade de valoração das provas proibidas na formação da convicção judicativa (numa palavra, na “*inutilizabilidade*” dessas provas). Numa tentativa de tornar clara a natureza “unitária” e “atípica” do vício que atinge as provas proibidas, a Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, aditou a locução «*não podendo ser utilizadas*» à expressão «*são igualmente nulas*» já constante do n.º 3 do artigo 126.º e erigiu a fundamento de recurso de revisão (sem *distinguo*) qualquer um destes núcleos de provas proibidas (cf. art. 449.º, n.º 1, al. e)). No entanto, esta alteração não teve afinal o condão de afastar sem remédio as correntes “*dualistas*”, como aparentemente se pretendia. Embora sublinhando que «a nulidade das provas proibidas obedece a um regime distinto da nulidade insanável e da nulidade sanável», P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, *cit.*, 326 ss., defende estar-se na presença de um “regime complexo”, aceitando, assim, a dicotomia entre nulidades *insanáveis* (as que atingem o direito à integridade física e moral: art. 126.º, n.ºs 1 e 2) e nulidades *sanáveis* (as que violam os direitos à privacidade: art. 126.º, n.º 3). Fundamenta a sua posição no princípio da relevância da *vontade* do titular do direito nas intromissões nos direitos à privacidade (que se retira do art. 34.º, n.ºs 2 e 3, da CRP), afirmando que o consentimento para a lesão tanto pode ser dado *ex ante* como *ex post facto*. E conclui: «se o titular do direito pode consentir na intromissão na esfera jurídica do seu direito, ele também pode *renunciar expressamente à arguição* da nulidade ou aceitar expressamente os efeitos do acto, tudo com a consequência da sanção da nulidade da prova proibida». Não podemos acompanhar este entendimento, como se infere do que fica dito nas linhas antecedentes.

⁸¹ W. BEULKE, *Strafprozessrecht*, C. F. Müller, 2004, 252, citado por CONDE CORREIA, «A distinção entre prova proibida...», *cit.*, 193.

moral das pessoas, em consonância com o disposto no n.º 1 ⁽⁸²⁾. Nem sobretudo a propósito da identificação das *proibições relativas*, que o n.º 3 do artigo 126.º referencia «pela expressão da sua danosidade material ou devassa — atentarem contra o domicílio, a vida privada, a correspondência, as telecomunicações —, (...) renuncia(ndo) *eo ipso* a uma enumeração fechada e taxativa das proibições de prova pertinentes e relevantes» ⁽⁸³⁾.

Pode dizer-se, como Eb. Schmidt referindo-se ao preceito homólogo da legislação germânica, que esta é uma «*norma processual fundamental*» ⁽⁸⁴⁾: não porque esgote o tema das proibições de prova, antes por constituir *topos* de passagem obrigatória no labor heurístico pré-ordenado a identificar e delimitar outras manifestações (atípicas ou “não vinculadas”) de atentado contra os bens jurídicos.

Em suma: para além das técnicas proibidas elencadas no artigo 126.º e das demais proibições de prova dispersas pelo ordenamento processual — *v. gr.*, nos artigos 58.º, n.º 5, 129.º, 147.º, n.º 7, 167.º, n.º 1, 190.º, 345.º, n.º 4, 355.º, n.º 1 —, *outras* poderão ser reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência nos domínios em que o método de aquisição probatória concretamente utilizado importe uma intromissão injustificada nos *direitos fundamentais* do arguido ou outras pessoas, *maxime* nas situações de afronta à dignidade humana ou à integridade pessoal ainda reconduzíveis ao âmbito de tutela do n.º 8 do artigo 32.º da CRP ⁽⁸⁵⁾.

Na verdade, sendo directamente aplicáveis as normas que consagram e garantem os direitos, liberdades e garantias (art. 18.º, n.º 1, da CRP), a sua restrição ou compressão para fins de investigação criminal só será legítima (e válidas as informações probatórias assim obtidas), caso se mostre respeitado *in concreto* um conjunto articulado de pressupostos e

⁸² SUSANA AIRES DE SOUSA, «Agent provocateur...», *cit.*, 1213, n. 23. Em sentido idêntico, P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de processo penal...*, *cit.*, 329, entende que «a disposição não tem natureza excepcional e, por isso, admite *aplicação analógica*».

⁸³ COSTA ANDRADE, «“Bruscamente no verão passado”...», *cit.*, 269.

⁸⁴ *Apud* COSTA ANDRADE, *Sobre as proibições de prova...*, *cit.*, 209.

⁸⁵ Em bom rigor, «no caso das proibições de produção/valoração de prova de origem constitucional directa [art. 32.º, n.º 8, da CRP], o problema da falta de consagração legal expressa nem sequer se coloca» (CONDE CORREIA, «A distinção entre prova proibida...», *cit.*, 193). Nesta matéria, tal como assinala o Tribunal Constitucional, «cuidou a Constituição de estabelecer um conjunto de nulidades processuais, assim directamente impostas ao legislador ordinário e a qualquer processo penal em concreto, sem necessidade de mediação de outro diploma legal» (Acórdão do TC n.º 192/2001, de 8 de Maio, publicado no *Diário da República*, II Série, de 17 de Julho de 2002). Esta não é uma opinião unânime na jurisprudência nacional, como nos dá conta o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 19 de Dezembro de 2001, publicado na *CJ* (2001), V, 58: «o Código de Processo Penal (...) descreve e define as situações de proibição de valoração da prova, quer através de uma norma/regra, qual seja a do artigo 126.º, quer mediante a previsão de situações concretas em que proíbe a valoração da prova, caso dos artigos 58.º, n.º 4, 129.º, 167.º, n.º 1 e 355.º, n.º 1, pelo que só nas situações que caibam na previsão da regra geral do artigo 126.º ou nos casos concretamente indicados na lei se estará perante situação de proibição de valoração da prova».

condicionalismos — incluindo a *reserva de lei formal*, a *proporcionalidade* (em sentido amplo) e a *reserva de juiz*, impostos pelas normas constitucionais (cf. arts. 18.º, n.ºs 2 e 3, 32.º, n.º 4, e 165.º, n.º 1, al. b), da CRP) e que a jurisprudência do Tribunal Constitucional concretiza e densifica ⁽⁸⁶⁾. «Um entendimento que obriga o legislador ordinário a uma atitude de perseverante *vigilância* sobre as novas possibilidades técnicas de investigação susceptíveis de contender com os direitos fundamentais, no sentido de *sancionar a sua admissão*, formal e materialmente legitimada, no processo penal» ⁽⁸⁷⁾.

No campo de tensão entre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, que se amplificam em quantidade e densidade, e a emergência das novas formas de agressão possibilitadas pelo crescente progresso científico e tecnológico, em particular nos domínios das telecomunicações e da genética, esta é uma lição a ter sempre presente — «só uma lei expressa e determinada, reportada à técnica em causa e definidora do seu círculo de invasividade, pode legitimar a sua utilização como meio de obtenção de prova em processo penal ⁽⁸⁸⁾. E é tudo menos uma lição inócua, pois constitui um elemento essencial na determinação do sentido e alcance da tão decantada *liberdade de aquisição probatória* ou *não taxatividade dos meios de prova*. Foi precisamente esse o ponto que elegemos como centro de referência da nossa análise nas primeiras linhas deste texto.

⁸⁶ Para esta densificação, veja-se, a título de exemplo, o paradigmático Acórdão do TC n.º 155/2007, de 19 de Março, publicado no *Diário da República*, II Série, de 10 de Abril de 2007, a propósito da recolha coactiva, por meio de zaragatoa bucal, de material biológico para análise de ADN.

⁸⁷ COSTA ANDRADE, «“Bruscamente no verão passado”...», *cit.*, 140, com outros desenvolvimentos, e também CONDE CORREIA, «A distinção entre prova proibida...», *cit.*, 194.

⁸⁸ Cf. COSTA ANDRADE, «“Bruscamente no verão passado”...», *cit.*, 140, recusando, na linha do Tribunal Constitucional alemão (*BVerfG*), a ideia segundo a qual, prevista a admissibilidade de um meio técnico de investigação, o processo penal estaria naturalmente aberto aos novos e análogos meios propiciados pelos desenvolvimentos tecnológicos. Um entendimento que se materializaria, p. ex., na circunstância de o regime tradicional da busca (domiciliária ou não) abrir portas, sem mais, à chamada “*busca on-line*” — aproveitando as possibilidades oferecidas pela *internet* e recorrendo a procedimentos idênticos aos dos *hackers*, os agentes de autoridade, a quem é atribuída pelas normas a competência para realizar buscas “presenciais”, estariam legitimados a aceder aos sistemas informáticos da pessoa a investigar mesmo que tal não contasse com expressa consagração legal.

RESUMO: Na primeira parte são apresentados as etapas fundamentais do procedimento probatório (admissibilidade, produção, valoração) e alguns conceitos estruturantes do léxico da prova. Na parte segunda é discutido o sentido e alcance do princípio da legalidade, evidenciando-se as limitações que as proibições de prova e as regras legais do procedimento probatório impõem à (assim designada) liberdade ou não taxatividade dos meios de prova. Estas limitações são ilustradas com exemplos retirados da disciplina do reconhecimento, da reconstituição do facto, do testemunho, etc.

ABSTRACT: The first section presents the essential moments of the evidentiary procedure (admissibility, production and appreciation) and some fundamental concepts in the evidence lexica. In the second section we discuss the meaning and amplitude of the rule of law in criminal evidence, demonstrating the limitations that exclusionary rules and legal rules of evidence poses to the free admissibility of evidence. These limitations are illustrated with examples drawn from visual identification, reconstitution, testimony, etc.

PALAVRAS-CHAVE: procedimento probatório; admissibilidade; produção; valoração; objecto da prova; legalidade da prova; proibições de prova; não taxatividade dos meios de prova; livre apreciação da prova; provas atípicas; reconhecimentos informais; reconstituição do facto; conversas informais; testemunho extra-judicial.

KEYWORDS: evidentiary procedure; admissibility; production; appreciation; subject of evidence; rules of evidence; exclusionary rules; free admissibility of evidence; free appreciation of evidence; non-typical evidence; informal visual identification methods; reconstitution; informal conversations; extra-procedural testimony.